

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

**NÚMERO 3
JANEIRO/DEZEMBRO - 2001**

**REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

(Instituída pela Resolução PGJ nº 45, de 30 de agosto de 2001)

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

R. Jurid. Minist. Publ. Est. MG	Belo Horizonte	n. 3	p. 576	jul./dez. 2001
---------------------------------	----------------	------	--------	----------------

Edição e distribuição:

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público
Av. Álvares Cabral, 1690 - 10º andar - Santo Agostinho - Belo Horizonte -
MG
CEP: 30170-001

Sistematização, normalização e revisão:

CEAF - Diretoria de Informação, Documentação e Biblioteca
- Coordenação de Publicações e Eventos

Editoração:

Diretoria de Informática

Editora:

Editora Sigma Ltda.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas
Gerais, n.1 - 1997 - Belo Horizonte: Editora Sigma Ltda., 1997-

Semestral.

1. Direito - Periódicos.

CDU - 34 (05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procurador-Geral de Justiça
Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador-Geral de Justiça Adjunto
Jacson Rafael Campomizzi

Corregedor-Geral do Ministério Público
Manoel Divino de Siqueira

Chefe de Gabinete
Antônio Sérgio Tonet

Secretário-Geral
Rômulo de Carvalho Ferraz

Diretor-Geral
Marcial Vieira de Souza

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Edson Ribeiro Baêta

CONSELHO EDITORIAL

Presidente
Nedens Ulisses Freire Vieira

Procuradores e Promotores de Justiça
Antônio de Pádua Marchi Júnior
Antônio Sérgio Rocha de Paula
Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva
Gisela Potério Santos Saldanha
João Cândio de Mello Júnior
José Pontes Júnior
Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha
Márcio Chila Freyesleben
Joaquim José Miranda Júnior
Edson Ribeiro Baêta

(designados nos termos do art. 2º da Resolução nº 45, de 30 de agosto de 2001,
alterado pela Resolução nº 71, de 31 de julho de 2002)

DIRETOR-EXECUTIVO DA REVISTA JURÍDICA

Edson Ribeiro Baêta

APRESENTAÇÃO

É com elevada honra que venho apresentar o n° 3 da Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, ora reestruturada através das Resoluções n° 45/2001 e n° 71/2002 da Procuradoria Geral de Justiça.

Este fascículo busca restabelecer as publicações do periódico como valioso canal de debates e instrumento irradiador de idéias, reflexões e teses, especialmente voltadas para a atuação funcional dos membros da Instituição.

A interrupção da publicação da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao longo dos últimos anos, redundou em indissfarçável comprometimento da nossa produção intelectual e da sua respectiva difusão. Tal circunstância prestou-se ao menos para revelar, com maior nitidez, a enorme importância desse tipo de veículo institucional em prol do desenvolvimento de nossa doutrina.

Como dizia Guimarães Rosa, "*vivendo se aprende; mas o que se aprende mais é só a fazer outras maiores perguntas*".

E a produção literária, aqui especialmente a do campo jurídico, traz a oportunidade de se *fazer outras perguntas*, as quais, por via de consequência, trazem-nos outras luzes através das aporias que brotam dos inevitáveis debates.

O professor Boaventura de Souza Santos, da Universidade de Coimbra, afirma que as sociedades contemporâneas e o sistema mundial estão a passar por processos de transformação social muito rápidos e muito profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, aqui também incluídos os relativos ao direito, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver as crises sociais. A pobreza extrema de uma parcela muito significativa e crescente da população mundial, o agravamento das desigualdades sociais, a degradação ambiental, a tensão dos valores e a ausência de soluções credíveis para esses problemas, levam-nos a pensar que o que está verdadeiramente em crise é o *modelo civilizacional* no seu todo, isto é, o paradigma da modernidade.

O certo é que não se pode exaurir o Direito de sua dogmática e muito menos que ela possa ficar restrita ao conceptualismo puro, sem dúvida, atraente ao espírito, mas sem relevo para a realidade social. Não se pode perder de vista que a dogmática jurídica e a pesquisa em geral, notadamente no âmbito da filosofia, da sociologia, da ciência jurídica etc. guardam uma vinculação muito estreita, de reconhecida importância para o apreender dos conceitos jurídicos e para a busca de solução de nossas mazelas, pois, conforme bem dissera René

Descartes, “os estudos devem ter por finalidade a orientação do espírito, para que possamos formular juízos firmes e verdadeiros sobre todas as coisas que se lhe apresentam”.

Mas, no seio de nossa venerada Instituição, nunca mais se poderá falar em cultura, em produção intelectual, em Direito ou em Justiça sem que se reverencie, com aperto e saudade no coração, o colega Francisco José Lins do Rego Santos, cujo saber jurídico, além da dignidade e retidão de caráter, qualidade e capacidade de trabalho, lhanura e sensibilidade, jamais será aquilatado com justeza em qualquer ato de tributo que se ofereça à memória querida do irmão guerreiro.

Se é como disse Ihering, que “o fim do direito é a paz, o meio de atingi-la a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça — e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo — não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta dos povos, dos governantes, das classes sociais, dos indivíduos. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva”, a nós nos resta trabalhar, com redobrado fervor, para que a luta da letra, a luta do intelecto, a luta da Justiça e do Direito, enfim, a luta de Chico Lins ilumine o caminho da paz e aponte os verdadeiros e eficazes remédios contra os males da miséria humana.

E, para tanto, fica a sincera esperança de que presente obra sirva como mais um instrumento, ainda que singelo, a coadjuvar a percepção da cidadania plena e a realização de uma sociedade mais justa e venturosa.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

DOCTRINA

O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR COMO CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR Plínio Lacerda Martins	15
CAUSALIDADE, CIÊNCIA E EXPERIÊNCIA EM MATÉRIA PENAL Hélio Simões Vidal	21
CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO ESPECIAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Alberto Vilas Boas	63
A CONVALIDAÇÃO E A INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO Adriano Botelho Estrela	95
A CRISE NO DIREITO PENAL Fábio Guedes de Paula Machado	99
DA PREPONDERÂNCIA RELATIVA DA DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE SOBRE A QUE DECRETA A ABSOLVIÇÃO DO RÉU José Fernando Marreiros Sarabando	125
A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO Jadir Cirqueira de Souza	129
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Fernando Pinto Colmenero	149
ENSAIO SOBRE A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Rosângelo Rodrigues de Miranda	179

INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI Nº 9.099/95) NAS HIPÓTESES DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PELO TRIBUNAL DO JÚRI Elias Paulo Cordeiro	198
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO - CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES Carlos Alberto Alves Pena	201
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira	208
ISSQN - REGIMES TRIBUTÁRIOS - SOCIEDADES DE PROFISSIONAIS E EMPRESAS Fábio Ordones Martins da Costa	221
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - BREVE ESTUDO Ronald Albergaria	226
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA Paulo Calmon Nogueira da Gama	264
NOVA FEIÇÃO DO DIREITO PENAL Rogério Felipeto	308
O PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA Fabio Guimarães Bensoussan	326
O <i>PARQUET</i> NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS Renato Franco de Almeida	334
POR UMA FORMAÇÃO JURÍDICA JUSTA André Luís Alves de Melo	353
REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO ACESSO À BIODIVERSIDADE Fernando A. N. Galvão da Rocha	370

O RÊU NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESPESAS PROCESSUAIS	
Epaminondas da Costa	393

TEORIA DO ERRO: ALGUNS ESCLARECIMENTOS SOBRE O PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 20 DO NOSSO ESTATUTO PENAL	
Cristiano Rocha Gazal	400

TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO BRASILEIRO	
Marcos Paulo de Souza Miranda	403

ATOS NORMATIVOS

ATOS

Ato PGJ de 05.03.01 – Ambulâncias - fiscalização	443
Ato PGJ de 14.03.01 – Medalha do Mérito do Ministério Público - outorga	443
Ato PGJ de 20.04.01 – Combustíveis - combate à adulteração	444

AVISOS

Aviso PGJ de 15.03.01 – Fiscalização do SUS	445
Aviso PGJ de 01.08.01 – Fiscalização de cadeias públicas	445
Aviso PGJ de 02.08.01 – Fiscalização das unidades estaduais de ensino	446
Aviso PGJ de 17.08.01 – Atribuições dos Promotores de Justiça do interior	447
Aviso PGJ de 28.08.01 – Adolescente - medida sócio-educativa	448
Aviso Conjunto CGJ CGMP nº 1, de 07.11.01 – Intimação do Ministério Público	449
Aviso PGJ nº 1, de 21.11.01 – Requisições ao SISEMA	450

CONVÊNIOS

Convênio PGJ PMMG de 21.02.01	452
Convênio PGJ SEMAD SECT de 28.03.01	455
Convênio PGJ MMA de 19.11.01	460
Convênio PGJ CAD de 01.12.01	460

ENUNCIADOS DE SÚMULAS

Enunciado de Súmula CSMP nº 18, de 16.04.01	461
Enunciado de Súmula CSMP nº 19, de 08.06.01	461
Enunciado de Súmula CSMP nº 20, de 27.08.01	462

Enunciados aprovados em sessões do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais	462
--	-----

RECOMENDAÇÕES

Recomendação CGMP nº 3, de 22.06.01	466
Recomendação CGMP nº 4, de 20.08.01	467

REGIMENTOS INTERNOS

Regimento Interno CSMP de 26.11.01	469
--	-----

RESOLUÇÕES

Resolução CEAF nº 1, de 06.07.01	476
Resolução PGJ nº 1, de 17.01.01	476
Resolução PGJ nº 2, de 16.01.01	476
Resolução PGJ nº 4, de 01.03.01	476
Resolução PGJ nº 5, de 06.03.01	478
Resolução PGJ nº 6, de 13.03.01	478
Resolução PGJ nº 7, de 19.03.01	478
Resolução PGJ nº 10, de 27.03.01	480
Resolução PGJ nº 11, de 19.04.01	482
Resolução PGJ nº 12, de 19.04.01	482
Resolução PGJ nº 13, de 27.03.01	483
Resolução PGJ nº 14, de 28.03.01	483
Resolução PGJ nº 15, de 04.04.01	484
Resolução PGJ nº 16, de 04.04.01	484
Resolução PGJ nº 17, de 24.04.01	484
Resolução PGJ nº 18, de 19.04.01	484
Resolução CSMP nº 19, de 25.04.01	485
Resolução PGJ nº 21, de 11.05.01	485
Resolução PGJ nº 22, de 22.05.01	487
Resolução PGJ nº 25, de 29.05.01	487
Resolução PGJ nº 26, de 29.05.01	487
Resolução PGJ nº 27, de 21.06.01	487
Resolução PGJ nº 29, de 11.06.01	489
Resolução PGJ nº 30, de 28.06.01	490
Resolução PGJ nº 31, de 27.06.01	492
Resolução PGJ nº 32, de 07.01	492
Resolução PGJ nº 34, de 13.08.01	493

Resolução PGJ nº 35, de 13.08.01	494
Resolução PGJ nº 36, de 22.08.01	499
Resolução PGJ nº 37, de 28.08.01	502
Resolução PGJ nº 38, de 21.08.01	504
Resolução PGJ nº 43, de 28.08.01	505
Resolução PGJ nº 44, de 30.08.01	507
Resolução PGJ nº 45, de 30.08.01	510
Resolução PGJ nº 58, de 04.09.01	513
Resolução PGJ nº 59, de 06.09.01	513
Resolução PGJ nº 60, de 06.09.01	515
Resolução PGJ nº 63, de 13.09.01	516
Resolução PGJ nº 64, de 13.09.01	518
Resolução PGJ nº 72, de 20.09.01	521
Resolução PGJ nº 74, de 25.09.01	521
Resolução PGJ nº 86, de 24.09.01	522
Resolução CSMP nº 90, de 01.10.01	523
Resolução PGJ nº 91, de 04.10.01	526
Resolução PGJ nº 93, de 01.10.01	528
Resolução PGJ nº 94, de 09.10.01	528
Resolução PGJ nº 95, de 11.10.01	530
Resolução PGJ nº 96, de 11.10.01	532
Resolução PGJ nº 99, de 17.10.01	534
Resolução PGJ nº 102, de 26.10.01	535
Resolução PGJ nº 103, de 30.10.01	535
Resolução PGJ nº 107, de 19.11.01	542
Resolução PGJ nº 108, de 19.11.01	542
Resolução PGJ nº 109, de 19.11.01	542
Resolução Cam. PJ nº 111, de 20.11.01	542
Resolução PGJ nº 112, de 26.11.01	542
Resolução PGJ Adj nº 113, de 28.11.01	544
Resolução PGJ nº 115, de 13.12.01	545
Resolução PGJ nº 116, de 28.11.01	546
Resolução PGJ nº 117, de 28.11.01	546
Resolução PGJ nº 118, de 28.11.01	546
Resolução Cam. PJ nº 119, de 13.12.01	546
Resolução PGJ nº 121, de 18.12.01	547
Resolução PGJ nº 122, de 19.12.01	547

Resolução PGJ nº 123, de 19.12.01	548
Resolução PGJ nº 125, de 21.12.01	549
Resolução PGJ nº 126, de 26.12.01	552
Resolução PGJ nº 127, de 27.12.01	562

RESOLUÇÕES CONJUNTAS

Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 1, de 24.05.01	564
Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 21.08.01	567
Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 13.11.01	572

DOCTRINA

O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR COMO CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) dispõe de diversos dispositivos de preservação do Direito do Consumidor, entre os quais nos limitamos ao estudo das causas/responsabilidades do produto ou serviço ser exposto ao consumo por parte do fornecedor.

A Lei nº 8.078/90 prevê, nos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, as causas excludentes de responsabilidades, sem contudo elencar ou mesmo ressaltar como tais o caso fortuito ou a força maior. Indaga-se se as causas enumeradas nos dispositivos normativos citados são ou não "taxativas" (não admitindo o aproveitamento de outras causas excludentes). Esse sentido traduz a proposta do presente trabalho.

A realização de um negócio jurídico parte do pressuposto de que tudo ocorrerá normalmente e, se por acaso isso não ocorrer, a parte contrária não terá culpa, "ela se desobriga".¹

Windscheid já defendia a idéia de que os negócios jurídicos devem ter sempre uma causa, que é o primeiro intento, não sendo necessário pacto, porque isso é da essência do negócio. Mas, ao lado desse intento comum, podem existir, não expressamente declarados, mas decorrentes das circunstâncias futuras e imprevistas, causas necessárias a serem percebidas pela outra parte, agindo assim como autolimitação da vontade.²

Todo produto ou serviço, por mais seguro e inofensivo que seja, traz sempre uma margem de insegurança para o consumidor, podendo, inclusive, culminar em dano para o mesmo, gerando prejuízo a ser apurado através das responsabilidades contratual e extracontratual, em conformidade com cada caso em favor da relação jurídica de consumo, que pode ser ou não contratual.

A responsabilidade conceitua-se como obrigação que incumbe alguém de ressarcir o dano causado a outrem, em virtude da inexecução de um dever jurídico de natureza legal ou contratual, conforme nos ensina Arnoldo Wald.³ A

¹ KLANG. *Teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, p.21.

² WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*, v. 2, § 97 e 100.

³ WALD. *Curso de direito civil brasileiro*.

obrigação violada, em entendimento doutrinário, distingue-se em obrigação legal e obrigação contratual, conforme já foi dito, fazendo surgir uma responsabilidade conhecida como extracontratual ou aquiliana, no caso da primeira, e responsabilidade contratual, no caso da última, advindo esta de um contrato, em que a origem do dever jurídico é determinada e aceita pelas partes contratuais.

O CDC, em seus arts. 12 e 14, preferiu adotar a unificação das responsabilidades contratual e extracontratual, em prol da proteção às vítimas expostas aos riscos de consumo, adotando-se a responsabilidade objetiva, independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores. O legislador atribuiu ao consumidor, mesmo não contratando diretamente com o fornecedor direito (fabricante, produtor...), a possibilidade de acioná-lo em virtude do dano sofrido pelo produto exposto ao consumo.

Dano, no conceito fornecido por Maria Helena Diniz, "pode ser definido como lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral".⁴

O art. 12 da Lei em questão prescreve que o "fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

O art. 14 do mesmo ordenamento jurídico também consagra: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (exceto os serviços dos profissionais liberais - art. 14, § 4º), imputando o ônus da prova ao fornecedor, que poderá se eximir da responsabilidade, na forma do art. 12, § 12, § 3º, I, II, III, e art. 14, § 3º, II, da Lei nº 8.078/90.

Apesar de a responsabilidade ser objetiva, o Código do Consumidor ressalvou algumas causas de "exclusão da responsabilidade", sendo que, no dizer de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, "O Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta,"⁵ permitindo a previsão de algumas excludentes, tais como inexistência do defeito de produto ou serviço (art. 12, § 3º, II, e art. 14, § 3º, II) e ainda a não-colocação do

4 DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 50.

5 BENJAMIN. *Comentários ao código de proteção do consumidor*, p.65.

produto no mercado (art. 12, § 3º, I), sendo que em todas “essas hipótese de exoneração o ônus da prova é do responsável legal, de vez que o dispositivo afirma que ele só não será responsabilizado quando provar tais causas”. Com grande maestria, Herman reconhece em sua obra, citando Gabriel A. Stiglitz,⁶ que “a exoneração total ou parcial da responsabilidade do fabricante requer, então, a presença de algum dos elementos obstativos do nexo causal, quer dizer, *caso fortuito ou força maior externos à coisa...*” (grifo nosso).

O Direito pátrio admite que o caso fortuito e a força maior excluem assim a responsabilidade civil. O Código do Consumidor não os estabeleceu como causas excludentes de responsabilidade entre as demais causas elencadas; todavia, conforme entendimento já expressado, não foram afastados, mantendo-se como causas para impedir o dever de indenizar.

O art. 1.058 do CC estabelece o caso fortuito e a força maior como formas de exoneração de responsabilidade, afirmando que o devedor não responde pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior, salvo convenção ou determinação específica da lei.

É relevante destacar que o inadimplemento culposo ou doloso é fonte de responsabilidade, enquanto a inexecução justificada por c. f. ou f. m. implica extinção de obrigação, na lição de Arnaldo Wald,⁷ sem dever de compor as eventuais perdas e danos, sendo esse princípio geral que domina o Direito brasileiro. Destarte, necessário se faz estabelecer a distinção entre inexecução justificada por força maior ou caso fortuito e inadimplemento culposo ou doloso, para prosseguimento do estudo enfocado.

O inadimplemento culposo acarreta responsabilidade do devedor. Quem não cumpre a obrigação responde por perdas e danos; ao devedor culpado do inadimplemento impõe a lei o dever de indenizar os prejuízos que o mesmo causou. Mas o inadimplemento fortuito originaria responsabilidade de algo que não deu causa? Orlando Gomes responde que o inadimplemento fortuito não origina, de regra, a responsabilidade do devedor. “É princípio geral de Direito que devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito”.⁸

Sílvio Rodrigues leciona que art. 1.058, parágrafo único, do CC define o c. f. ou de f. m. como aquele em que se verifica a identificação com o fato necessário cujos objetivos não era possível evitar ou impedir. É, em rigor, o ato alheio à vontade das partes negociantes e que tampouco derivou da negligência,

⁶ STIGLITZ. *Protección jurídica del consumidor*, p. 23.

⁷ WALD. *Curso de direito civil brasileiro*.

⁸ GOMES. *Obrigações*, p. 180.

imprudência ou imperícia, sendo que o "caso fortuito ou de força maior representa um excludente de responsabilidade, em virtude de pôr termo à relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima".⁹

O Código Civil alemão prescreve, no capítulo do Direito das Obrigações, exemplo de impossibilidade da prestação dos negociantes, afirmando que: "A tradição da coisa comprada ao comprador, quando não transmite simultaneamente a propriedade (neste caso tem lugar o adimplemento e a obrigação se extingue), insere a coisa na esfera de risco do comprador. Se ela agora parece sem culpa de um dos parceiros contratuais e por isso se impossibilita à prestação, o comprador, em verdade, não pode reclamar reparação de dano do vendedor, mas suporta o risco do perecimento fortuito",¹⁰ o que destaca o §446 do BGB; não havendo culpa de nenhum dos parceiros contratuais.

Resta a indagação: O Código do Consumidor seria a exceção aos princípios aqui consignados, admitindo como causa de responsabilidade feitos alheios às vontades das partes negociantes (consumidor/fornecedor), em decorrência do c. f. ou f. m.? Aproveitaria também como excludente de responsabilidade fatos de extrema impossibilidade jurídica do cumprimento da obrigação?

Realçamos que a hipótese defendida como também causa de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor (caso fortuito ou força maior) não deve ser confundida com os motivos ensejadores da "teoria da imprevisão", conforme salienta Arnoldo Medeiros da Fonseca, afirmando que caso fortuito e força maior são noções distintas dos requisitos necessários para a "teoria da imprevisão" com fundamentos e efeitos diversos; "o caso fortuito ou de força maior só libera quando acarreta a impossibilidade absoluta objetiva de executar; enquanto que, em matéria de imprevisão, se atende também à impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva da prestação".¹¹ Destaca ainda Arnoldo que, em se tratando de c.f. ou f. m., a liberação do devedor é total, sendo a principal característica, ao passo que, na noção de imprevisão, não estará excluído o direito de o credor reivindicar uma razoável reparação.

Orlando Gomes interpreta que são diferentes as conseqüências da inexecução por onerosidade excessiva da prestação, que implica reconhecimento da teoria da imprevisão, e a inexecução advinda de caso fortuito. "É regra pacífica a de que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou

⁹ RODRIGUES. *Responsabilidade civil*, p. 4185.

¹⁰ WESTERMANN. *Código civil alemão: direito das obrigações, parte geral*, p. 79.

¹¹ FONSECA. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 346.

força maior. Justifica-se plenamente o princípio. Desde que não lhe é imputável a causa do inadimplemento, justo não seria obrigá-lo a pagar perdas e danos, pois esse dever é, no fundo, uma sanção aplicada a quem se conduz culposamente." A onerosidade excessiva, esclarece Orlando Gomes, é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata, portanto, da inexecução "por impossibilidade, mas de extrema dificuldade",¹² confirmando, assim, o entendimento da possibilidade de reconhecer o c.f. e a f. m. como excludentes de responsabilidade perante o Código do Consumidor, em face da extinção da obrigação referida.

No Direito brasileiro, as expressões c.f. e f.m. são sinônimas, confundindo para os efeitos e consequências ambas as situações, dando-lhes tratamento idêntico, ao contrário do que acontece em legislações estrangeiras que preceituam tratamento jurídico distinto aos dois institutos.

Alguns doutrinadores preferem fazer distinção entre caso fortuito e força maior, caracterizando o primeiro pela sua inviabilidade e a segunda pela sua inevitabilidade, chegando, inclusive, a confundir ambos os institutos com a ausência de culpa. O correto é que a ausência de culpa se prova pela diligência normal do causador do dano, quanto ao caso fortuito deve-se apresentar como fato irresistível; hipóteses essas que se diferenciam da denominada "teoria da imprevisão", que não se confunde com as causas de exclusão de responsabilidade.

A conclusão é no sentido de que o legislador, ao enumerar as causas excludentes de responsabilidade no Código do Consumidor (de forma expressa), não afastou o reconhecimento do caso fortuito ou da força maior como forma de excluir também a responsabilidade do fornecedor, em virtude de pôr termo à relação de causalidade entre o fato e o dano experimentado pelo consumidor, extinguindo a obrigação, conforme reconhecido pelo Direito pátrio e aproveitado nas relações jurídicas do Código do Consumidor. Destaca-se ainda na conclusão que a "teoria da imprevisão" implica a impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva da prestação, não estando excluído o direito do consumidor de reivindicar a justa reparação, haja vista que se trata de obstáculo à obrigação; não se tratando de execução "por impossibilidade, mas de extrema dificuldade", a qual o c.f. e a f.m. aproveitam.

Vê-se, pois, que a intenção do legislador não foi restringir o caso fortuito ou a força maior das causas excludentes enumeradas no Código do Consumidor, preocupando-se em delimitar, entre inúmeras hipóteses que regulam as relações entre consumidores e fornecedores, aquelas causas objetivas descritas na norma

¹² GOMES. *Contratos*, p. 198-199.

do consumidor. A responsabilidade atribuída ao fornecedor de responder "independentemente da existência de culpa" pela reparação do dano causado ao consumidor, traduz no sentido de responder ainda que inexistir culpa (que se prova pela diligência normal do fornecedor); não respondendo pelo dano quando houver c.f. ou f.m., pois trata-se de fato irresistível caracterizado pela inevitabilidade e pela impossibilidade, sendo estas conceituadas como causas de irresponsabilidade, reconhecidas e aplicadas em face da teoria da responsabilidade objetiva consagrada no Código do Consumidor.

Referências Bibliográficas

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. ver. e atual. [Rio de Janeiro]: Revista Forense, 1958.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- KLANG, Marcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações, parte geral*. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Toronto: Unione Tipografico, 1904. v. 2. Tradução italiana di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa.

CAUSALIDADE, CIÊNCIA E EXPERIÊNCIA EM MATÉRIA PENAL

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Nos delitos materiais, de ação e resultado, a relação de causalidade é um requisito da tipicidade (CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, p. 240). “A ação humana, porém, não é suficiente para compor o primeiro requisito do crime. É necessário um resultado, que é o efeito do comportamento (nos crimes materiais). Todavia, entre a conduta e o resultado se exige uma relação de causalidade. A desfez facadas em B que, transportado para um hospital, vem a falecer. Surge, desta maneira, outro elemento do fato típico: a relação de causalidade ou nexo causal.” (JESUS, *Direito penal*, p. 223 – g.n.) O legislador, partindo do pressuposto de que específicas condutas geram um resultado no mundo externo, tipifica certos comportamentos porque estes causaram efeitos no mundo físico. Esse resultado é tido como relevante pelo legislador e a respectiva valoração dá-se através do processo de tipicidade penal. Em *sentido naturalístico* (modificação perceptível aos sentidos no mundo exterior) pode essa alteração consistir tanto na efetiva lesão do bem jurídico protegido como na sua *exposição a perigo*, desde que *concreto*, *excluídos* os denominados crimes de *perigo abstrato*, porquanto neles o perigo representa a *ratio* da incriminação, não sendo elemento constitutivo do tipo descritivo, *reduzindo-se a ilícitos de mera conduta* (cf.: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 192, *nota 17*). Em *sentido naturalístico* devem compreender-se, também, as *modificações de ordem psicológicas* (ANTOLISEI, *Riv. it. dir. pen.*, p. 258, *apud* FIANDACA-MUSCO. *Op. cit.*, p. 194, *nota 23*). Igualmente, Giuliano Marini, (*Lineamenti del sistema penale*, p. 326). Quem pode, então, afirmar que um certo comportamento foi a causa daquele resultado? Essa apreciação poderia estar a cargo da percepção do Juiz, com base em sua singular intuição? A quem competiria dizer e formular as regras sobre o *processo causal*?

Partindo do princípio de que se utiliza o Direito Penal de outras ciências para formulação de seus conceitos, percebe-se que nem o juiz penal nem o legislador possuem conhecimentos suficientes para ditar regras de causalidade que sobrepujem o conhecimento subministrado pelas *ciências naturais*. O conhecimento da causalidade, que é conhecimento humano, subministrado ao juiz, é que permite que ele julgue a respeito da própria causalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 473).

Nessas passagens dos autores mencionados, podemos, ainda, extrair uma observação bastante interessante: uma conduta é ou não causal para um resultado, ou seja, *conditio sine qua non*, se mentalmente imaginamos que a conduta *não existiu* e em tal caso tampouco o resultado *teria existido*, é porque a conduta é causal do resultado; inversamente, se na hipótese em que imaginamos que a conduta *não tenha existido*, o resultado *ainda assim* tivesse se produzido, resultaria que a conduta *não é causal* do resultado. Para formular esse juízo é preciso que recorramos à *experiência humana* e aos dados obtidos experimentalmente pelas *ciências naturais* (*Op. Cit.*). Esse enunciado fora originariamente sustentado por Karl Engisch (*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 21: “o conceito de causa penalmente relevante coincide com o conceito de causa próprio das ciências naturais” (apud STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, p. 01). Sendo a teoria da *conditio*, ainda sob o juízo de Zaffaroni-Pierangeli, “a única que corresponde à realidade, ao ser causalidade como processo físico” (*Op. cit.*, p. 472), quais são as leis fornecidas pelas *ciências naturais* capazes de explicar-nos por que uma conduta é causa de um resultado? Que tipos de regras são essas e que nos permitem demonstrar, com segurança, que, em face de um comportamento, um resultado sobrevém no mundo físico?

A teoria da *conditio* não explica, entretanto, por si só, por que um comportamento é considerado causa de um resultado. O processo de *supressão mental* da conduta para que o resultado advenha ou não carece de um *prévio conhecimento* de leis oriundas das *ciências naturais*. Para que o juiz possa considerar um certo comportamento como causa do resultado e dizer que eliminado *mentalmente* este ter-se-ia ou não verificado, é preciso que ele, de antemão, conheça e valha-se de *explicações nomológicas* que não pertencem ao conhecimento técnico-jurídico. A teoria da *conditio*, entretanto, tem o mérito inquestionável de individuar na *conduta humana* o limite intransponível da noção de causalidade (MANTOVANI. *Diritto penale*, p. 177). “Pecca però [prossegue o mesmo Autor] per eccesso perchè esaspera tale concetto. Come è stato da tempo rilevato, da un lato porta a considerare causa dell’evento la condotta umana indispensabile, anche quando vi sia stato il concorso di condizioni estranee del tutto eccezionali, non solo preesistenti (es: malattia latente rara che rende letale la ferita di per sé lieve) o concomitanti (ex: A e B sparano separatamente ma contemporaneamente ciascuno un colpo di fucile, nessuno in sé letale ma che lo diventano congiuntamente) ma anche sopravvenute (ex: morte del ferito da investimento stradale per incendio dell’ospedale, errore

medico, effetti anestetici o embolia). E dall'altro, consentono il 'regresso all'infinito' da condizione a condizione (*causa causae est causa causati*) porta a considerare causa dell'evento un numero indefinito di condotte umane, fino agli antecedenti più remoti (es: nello sparo omicida, la vendita dell'arma e la sua costruzione, la fusione del ferro e la sua estrazione, fino, al limite, alla invenzione dell'arma e alla scoperta della polvere da sparo o ai genitori dell'agente che lo generarono e agli antenati." (g.n.).

Os pontos mais vulneráveis da teoria são: a) postulando o procedimento de *eliminação mental* o *prévio conhecimento* de que a ação pertence ao quadro de *ações-causa* do evento (v.g. que o cianeto é mortal), não é praticável nos casos em que não se conheça, com antecipação, as *leis causais* que exprimam a regularidade entre os fenômenos (v.g. nos casos do talidomide e das 'macchie blu') e b) porque, exigindo que a conduta seja condição *certa* do evento, ineliminável sem que este necessariamente falte, '*esclude dalla causalità le condotte che sono condizione soltanto 'probabile'*' (MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 177).

Além disso, permitindo o *regresso ao infinito*, a teoria peca por ser exasperadamente dilatada quando não, em certos casos, apresenta respostas absolutamente contrárias ao mínimo senso de justiça. No caso lembrado por Alfredo de Marsico (*Diritto penale*, p. 89), em que Ticio convida um amigo para jantar e este, ao longo da estrada, é morto com um tiro de revólver, culpável pela morte é somente o autor do disparo; porém, segundo a dita teoria, responsável "*dovrebbe essere anche Tizio che ha posto una condizione essenziale al verificarsi dell'evento*". Nem se presta a colmatá-la o corretivo de categorias estranhas ao nexo causal, quais sejam, o dolo ou a culpa, porquanto estas são impertinentes à apuração *objetiva* da imputação do resultado. Sob o ponto de vista lógico, ademais, o *corretivo* depõe contra a própria teoria que se pretende explicar, uma vez que, fundando-se sobre o princípio da equivalência das condições, joga com elementos e categorias que não pertencem, propriamente, à explicação causal.

Essa *única* teoria que corresponde à realidade (ZAFFARONI-PIERANGELI. *Manual*, p. 472), principalmente quando se tem em consideração uma *causa superveniente* leva a resultados absolutamente contraditórios, a depender do que o intérprete considera, na tratativa das causas supervenientes produtoras do resultado, por "*mesma linha de desdobramento da conduta anterior*", conceito esse quase indecifrável e para o qual não há qualquer referência aos *dados experimentais* que o comprovem. A quem compete dizer

que um novo curso causal encontra-se ou não na “mesma linha” do anterior? Quais são os critérios apeláveis para que não haja o mínimo de arbitrariedade ou subjetivismo na apuração da responsabilidade penal?

Utilizando-se da mesma teoria, uma idêntica hipótese pode levar a dois resultados absolutamente contraditórios, a depender do intérprete. Referimo-nos ao exemplo bastante comum do ferido que, levado ao hospital, vem a falecer em virtude de *erro médico*. Estudando-o, afirma João Mestieri (*Manual de direito penal*, p. 235): “Será relativamente independente a causa superveniente quando, devido a fatos alheios ao comportamento do agente, interfere na corrente causal primitiva, vindo, assim, a determinar o resultado. Exemplo: dirigindo imprudentemente, Afonso acaba por bater com o automóvel em uma árvore ocasionando lesões em três pessoas que com ele viajavam. Uma delas, Bruno, vem a morrer no hospital por septicemia. O laudo dos peritos admite um erro profissional do médico assistente. O comportamento do médico vem a ser a causa superveniente relativamente independente” (g.n.). Reconhece o Autor, então, a existência de, pelo menos, dois processos causais: o comportamento do autor das lesões e o do médico, “determinando-lhe a morte” (*Op. cit.*, p. 236). Não deixa dúvida de que “O comportamento do corpo médico do hospital vem a ser uma causa relativamente independente, porque interfere na cadeia causal primitiva, provocada por A, e determina o resultado morte, que, de outro modo, provavelmente, não teria ocorrido” (g.n.). Na idêntica hipótese de trabalho, estudando as *concausas*, dá-nos Odin I. do Brasil Americano o exemplo do médico que trata do ferido com incúria ou imperícia e, por esse motivo, sobrevém o resultado morte. Nesse caso, diz, há indicação de *concausas* ou *causas concorrentes* com outra posta pelo agente e *sem dependência* ou *independentes* desta. “O Código estabelece que as condições supervenientes relativamente independentes devem excluir o resultado” (*Manual de direito penal*, p. 218/219). Igualmente, José Salgado Martins (*Direito penal, introdução e parte geral*, p. 156), para quem, na hipótese do ferido que é levado ao hospital e submetido a cirurgia, vem a falecer por acidente de anestesia ou por imperícia do operador, existe uma relativa independência da causa superveniente quanto à causa produtora do ferimento. “Esta hipótese pode inserir-se na casuística que enseja a regra relativa à interrupção da causalidade, fazendo o agente responder apenas pelos fatos anteriores” (g.n.).

Agora, observe-se com atenção o que afirma Damásio de Jesus (*Direito penal*, p. 258), acenando com a hipótese em que A produza ferimentos em B, que é transportado ao hospital.: “Suponha-se agora que B, ferido, é levado ao

hospital e vem a falecer, atestando-se que o médico, por imperícia, deu causa a uma infecção nas lesões recebidas. A responde pelo evento morte" (g.n.). Nesse caso, justifica, a morte do ofendido deu-se por força de *imperícia médica* (sendo esta causa superveniente), porém em *posição de homogeneidade* com a conduta do sujeito. Edmundo Oliveira (*Comentários ao código penal*, p. 207), utilizando-se dos mesmos exemplos da imperícia médica ou da infecção das lesões ocorridas no hospital, afirma: "*É lógico que o agente causador vai responder pela morte, porque o ofendido faleceu por causa das lesões sofridas, além do que a causa superveniente (imperícia do médico) está em posição de homogeneidade com a conduta do agente*" (g.n.).

A *absoluta incompatibilidade* das posições, que se repetem em inúmeras outras hipóteses de causalidade, embora a teoria adotada seja a mesma, pode ser explicada. É que a fundamentação da causalidade somente pode ser concebida quando se assenta em *lei*, seja *estatística*, seja *universal*; ao tomar-se a teoria da *conditio sine qua non* por simples processo mental de eliminação e sem referência a qualquer '*lei de cobertura geral*' que explique razoavelmente a existência ou não de conexão entre os ferimentos ocasionados no paciente e a conduta do facultativo ou do *corpo clínico* no hospital, para onde aquele foi levado, ou, ainda, na hipótese do *acidente anestésico* referida por José Salgado Martins, a doutrina *dominante* não tem outro recurso senão o emprego de fórmulas como a acima vaticinada, o que, absolutamente, não explica o raciocínio, pela abstração e certa dose de arbítrio.

Um *requisito de tipicidade* não pode ser desposado *intuitivamente* pelo Juiz, entre cujas tarefas não está a de criar leis causais. Também não pode ser inferido das *circunstâncias do próprio fato*, por capricho do casuísmo. Sendo a responsabilidade penal pessoal, tendo a doutrina se esforçado para desenvolver toda uma construção dogmática que ensina a necessidade de imputação somente pelo *fato próprio*, afastado qualquer resquício de responsabilização por fato de outrem, procurando incessantemente a prática e doutrina o afastamento do âmbito do Direito Penal da responsabilidade objetiva e, mormente, sendo insuplantável a obediência ao *princípio da taxatividade*, constitui-se necessidade de *segurança jurídica* a construção de um conceito de causalidade que despreze toda e qualquer *responsabilização oculta por fato de outrem*, como parecem sugerir os exemplos acima. Justamente por não se aperceber dessa elementar exigência é que João José Leal (*Direito penal geral*, p.199) escreveu, ao apreciar a superveniência causal e adotar o nebuloso conceito do *desdobramento físico necessário* que a imputação causal pode ser feita de *forma casuística*: "*Indiscutivelmente, a*

realidade é bastante multiforme e a matéria só poderá encontrar uma solução jurídica razoável de forma casuística (!)

Mas quais são esses critérios sob os quais a ciência jurídica deve ancorar-se, bem como o Juiz aconselhar-se, para afirmar que um resultado foi consequência de um comportamento? Um erro fundamental cometeu Silvio Ranieri ao tratar do nexo causal na sua conhecida obra *Manuale di diritto penale*, ao afirmar que o problema do nexo causal "*consiste nel determinare che cosa ocorra perchè questa materiale attribuzione possa essere effettuata*" e que: "*Far luogo a questa determinazione è compito della dottrina*" (g.n.). Não cabe, positivamente, sequer ao juiz penal, muito menos à doutrina, estabelecer leis causais muito menos os critérios de imputação do resultado a determinada conduta. Dá-nos notícia o impressionante escrito de Federico Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (p. 47\48), referindo-se ao conhecido e debatido processo das *macchie blu*, manifestações patológicas de carácter cutâneo e epidemiológico que se suspeitava fossem provocadas pela emissão de fumaça de uma fábrica de alumínio, situada na cidade de Chizzola, caso decidido pelo Tribunal di Rovereto em 17.01.1969, quando afirmaram os Juizes: "*la realtà è che questo è un tribunale e non una commissione di studio, e che ai fini de un accertamento giudiziale di responsabilità non interessa affatto promuovere ulteriori scoperte schientifiche sul tema*". De outro lado, a descoberta de leis causais antecede à consideração da doutrina, que deve delas utilizar-se. Jamais criá-las. Antes das descobertas científicas que afirmaram que à velocidade da luz um corpo físico desintegra-se, seria possível à doutrina penal sustentá-las? O conhecimento onisciente de todas as leis causais vigentes no globo terrestre é projeto utópico tanto para os cientistas quanto para o juiz. Então, em vez de determinar critérios reitores de causalidade, o cientista do Direito deve curvar-se com humildade a essa insuplantável limitação, para utilizar-se das leis causais existentes em outros compartimentos do conhecimento humano, como instrumento de seu trabalho. Jamais, repita-se, como criador do mecanismo.

O mesmo Silvio Ranieri (*Op. cit.*, p. 269) sustenta que uma conduta, para ser causal, deve: a) ser típica; b) ser capaz de produzi-lo. "*Sarebbe irrazionale che la legge penale facesse oggetto delle sue previsioni una condotta incapace de produrre l'evento*". De forma bastante sugestiva refere-se o Autor à necessidade do socorro a) à *experiência* para afirmar-se a tipicidade de uma conduta; b) toda relação singular, para ser causal, deve apresentar os requisitos da *sucessão, necessidade e uniformidade*. Não é sem fundamento que devam ser transcritos, *ipsis literis* estes dois luminosos pontos na dissertação do renomado penalista.:

"Pertanto, chi deve giudicare ha il più delle volte il soccorso della sua esperienza. È in base alla esperienza, infatti, che si può ritenere che se l'evento verificatosi è la morte di un uomo, questa è da porre in relazione, ad es., non con l'acquisto della pistola, ma con l'atto che l'ha fatta esplodere, perchè questo è capace di produrre la morte" (Manuale, p. 271 - g.n).

"Altra volta dicemmo che ogni singolo rapporto, per essere causale, occorre che presenti i requisiti della successione, necessità e uniformità per indicare che, anche nel campo del diritto, il rapporto causale rivela, in definitiva, malgrado le particolarità del criterio adottato per accertarlo, quei caratteri che sono propri di ogni relazione di causalità, nella quale i termini non possono essere che successivi e in relazione di produzione uniformemente necessaria" (idem, p. 275 - - g.n).

Salvante a errônea afirmativa, já delatada neste estudo, em que julga o Ranieri que essa experiência toca a *chi giudica*, o que deve ser a toda evidência negado, a carregação ao nexo causal daqueles conceitos novos de *sucessão, necessidade e uniformidade* é precisa. Porém, o problema apenas está colocado sob outro enfoque. Se a experiência do homem pode produzir (ou observar) conceitos como esses, uma nova e instigante questão surge. Quais são as regras que subministram a quem julga a *certeza* ou *probabilidade razoável* de que entre dois fenômenos existe sucessão, necessidade e uniformidade?

A nossa doutrina penal utilizou-se apenas *en passant* desses conceitos, sem aprofundá-los na temática da causalidade. Praticamente nenhum autor dirigiu seus estudos a esses imantados conceitos. Em *Odin I. do Brasil Americano* (*Op. cit.*, p. 213), lê-se que um fato não antecede *necessariamente* a qualquer outro. *"Por vezes, determinados acontecimentos provocam outros posteriores, com certa regularidade"* (g.n.). Na mesma obra, p. 219, estudando a teoria da causalidade adequada e sua base teórica de sustentação, embora negando-a, refere-se a dois momentos bastante interessantes: a causalidade como *fruto da experiência* bem como a atribuição da *força causal no quod plerunque accidit* funda-se no cálculo das probabilidades. Esse mesmo juízo é subministrado por Wiliam Wanderley Jorge (*Curso de direito penal*, p. 254), quando, também no âmbito da mesma teoria, conceitua a conduta adequada como aquela baseada na regularidade estatística. Por fim, José Salgado Martins, que preenche a noção

de causalidade no espírito humano “pela observação da ocorrência sucessiva, no tempo, dos fenômenos da natureza”. Acresce, além disto: “Há, por um lado, uma certa seqüência nos acontecimentos, e, por outro, a necessidade do espírito de unir esse desdobrar de acontecimentos, para explicar como eles se sucedem no tempo” - g.n. - (Op. cit., p. 143).

Sem o necessário aprofundamento há nesses pequenos trechos conceitos que não foram utilizados ou aperfeiçoados nas mesmas obras, na temática da causalidade, como, de resto, não foram manuseados em nenhuma outra para o Direito Penal brasileiro. Mas podem ser validamente aproveitadas essas percepções do pensamento dos autores referidos, como a da *regularidade e certa seqüência dos acontecimentos* ou o inesperado aparecimento da *regularidade estatística* como materiais de trabalho na tarefa de atribuição do nexo causal?

Antes de prosseguir, é preciso anotar que essa carência de aprofundamento científico na definição dos critérios para a imputação de um resultado a alguém ocorreu, igualmente, em toda Itália. Como nos dá notícia a importante e profunda obra de Stella (*Leggi scientifiche*, p. 14), também lá houve quem mencionasse *en passant*, tal como no Brasil, sem uma precisa compreensão das implicações práticas do significado teórico dos conceitos referidos, a necessidade de utilização e referência ao ‘*subsidio da experiência*’, tal como Antolisei (*Il rapporto de causalità nel diritto penale*, Torino, 1960) e Vannini (*Il problema della causalità*), bem como a necessidade de *sucessão uniforme* entre os acontecimentos, referida a Silvio Ranieri (Op. cit.). No importante escrito de K. Engisch, já citado, havia o mesmo manifestado sua posição sobre a necessidade de substituição do critério da *conditio* pelo modelo da subsunção sob leis. Em Itália, o posicionamento fixo e constante pela adoção da teoria da *conditio* tinha raízes na seguinte síntese: a) carência de uma meditação teórica dos estudiosos. Adverte o mesmo autor (STELLA, Op. cit., p. 16) que os escritores da época que se ocuparam sobre o tema quase nunca sentiram a necessidade de reflexão sobre o relevo que se não fosse conhecida, com ajuda das leis da experiência o ‘*porquê*’ do evento lesivo, não se estaria em grau de estabelecer, com o mesmo procedimento de ‘*eliminação mental*’ se um certo antecedente qualifica-se ou não como ‘*condição necessária*’, o que acabava por fazer o juiz penal árbitro quanto à decisão se o nexo causal - um elemento da ‘*fattispecie*’ ! - subsistia ou não; b) a doutrina havia incidido em um ‘*erro de perspectiva*’ na consideração de que seria mais relevante a apuração das circunstâncias que excluía o nexo causal, concentrando toda a atenção sobre o

art. 41 cpv. C.P. italiano (semelhante, *in totum* ao nosso Código Penal, art. 13, § 1º); c) particularmente a doutrina italiana encontrava-se em aberta *hostilidade* no confronto do dogma da causalidade, definindo-o como *obsessão* do pensamento naturalístico; d) ademais essa mesma doutrina mostrava-se impermeável aos influxos da moderna epistemologia. Além disso, como sublinham Fiandaca-Musco (*Diritto penale*, p. 197), boa parte dos esforços doutrinários, em Itália, estavam concentrados em direção a uma *reconstrução* histórico-dogmática das mais difundidas *teorias causais* elaboradas no curso do tempo, mirando como objetivo exclusivo a apuração de qual, entre as inúmeras elaborações, houvesse o legislador italiano concebido no Código Penal. A dogmática, então, assoberbada nessa tarefa, havia perdido de vista os pontos centrais da problemática causal. De forma que todo aquele esforço havia posto sob posição lateral a definição dos critérios sob os quais era possível assumir uma conduta como condição necessária do evento.

Não obstante a obra de Stella (*Leggi scientifiche*) tivesse vindo a lume em sua primeira edição no ano de 1975, e, posteriormente no escrito "*La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*", nenhuma referência mereceu no Brasil. José Cirilo de Vargas (*Instituições de direito penal*, p. 239) afirmou que "*A única teoria da causalidade estudada cientificamente foi a da conditio. Os que aceitam a causalidade em Direito Penal não podem, racionalmente, deixar de considerá-la. É o que ocorre na Alemanha, onde nasceu, tomou forma, recebeu as críticas mais contundentes, mas foi a única, tanto na prática dos tribunais quanto na doutrina, a impor-se: um resultado foi causado por uma ação quando esta não pode ser suprimida mentalmente sem que aquele desapareça*" (g.n).

Não é verdade. Há críticas irresponsáveis à teoria da *conditio*. Quais as causas do aparecimento ou que permitiram a atuação, na África, nos últimos anos do século passado, do horripilante e destruidor vírus *Ebola*? Quais as condições que, suprimidas *in mente* teriam favorecido ou permitido o seu surgimento? A teoria da *conditio*, *única cientificamente comprovada*, explicaria com o processo de *eliminação mental* o desastre em que se constituiu a utilização de *urânio empobrecido* nas guerras recentes do *Kosovo* ou da *Bósnia*? Quais as condições que, suprimidas mentalmente, sem o prévio substrato da ciência, impediriam o surgimento do fenômeno denominado *efeito estufa*, de consequências acreditadas mundialmente? A contaminação dos moradores das vizinhanças da fábrica de *Césio 137* em Goiânia, no Brasil, foi devida ao vazamento e atuação de elementos radioativos? Qual o substrato científico

permitiria ao juiz penal afirmar que o surgimento do câncer deveu-se ao vazamento e contaminação através da expansão das partículas e que esse vazamento, se suprimido *in mente*, impediria a contaminação? Pior, se indagarmos ao juiz com base em que conhecimentos poderia ele afirmar que aquele elemento contém radioatividade e que esta provoca o surgimento da doença. Qual a natureza da explicação para o desabamento de um *arranha-céu*, senão pela aplicação de leis da engenharia ou da matemática, bem como geológicas, geotécnicas ou físicas? Por que pode o juiz afirmar que esse mesmo desabamento deveu-se à não-utilização dos materiais adequados e que esse emprego indevido constituiu-se *conditio sine qua non* da ruína? Sob que condições a prática de relações sexuais é '*conditio*' para a transmissão do epidêmico e mortífero vírus da Aids, para cuja erradicação ainda é impotente a ciência? Um defeito na fabricação das rodas de um veículo posto sob circulação nos EUA por uma montadora foi a causa da morte de várias pessoas. Se no julgamento dos processos, que, inclusive, levaram à condenação do fabricante na indenização das várias vítimas, algumas delas definitivamente inválidas, desconhecêssem os juízes os resultados dos testes científicos para a existência do defeito, poderiam esses mesmos magistrados afirmar que a *conditio* das tragédias fora, justamente, o defeito oriundo da fabricação? Por que conhecemos as explicações para o *efeito laranja* após a guerra do Vietnã? Esses exemplos poderiam ser multiplicados *ad nauseam* e sugerem que o processo de eliminação '*in mente*' requer a *prévia individualização das leis causais* necessárias e suficientes à explicação do evento.

É nesse sentido a censura, absolutamente procedente e irrespondível, movida à teoria da *conditio* por Tullio Padovani (*Diritto penale*, p.157\8): "*In realtà, la teoria condizionalistica presenta un limite che si annida nel suo stesso meccanismo di operatività. Per realizzare il procedimento di eliminazione mentale bisogna aver già definito i termini della causalità, sapere già come i fattori eziologici hanno agito; diversamente, la teoria condizionalistica resta muta se Tizio assume un farmaco sperimentale somministratogli da Caio, e successivamente muore per collasso cardiaco, il procedimento di 'eliminazione mentale' volto da stabilire la causa della morte, in tanto potrà utilmente svolgersi nei confronti della condotta di Caio, solo in quanto si conosca in qual modo agisca la sostanza ingerita*" (g.n.)

Ficamos admirados com o *sucesso prático* da teoria da *c.s.q.n.* quando utilizamos o exemplo quase banal do homicídio em que seu autor tenha antes: a) adquirido a arma; b) tomado a refeição horas antes do crime; c) se postado em emboscada; d) disparado projéteis sobre a vítima; enfim, e) sobrevenha o resultado

morte. Aplicamos, nessa bizarra hipótese, o *procedimento hipotético de eliminação*, de *Thyrén*, e logo dizemos, confirmando a 'plena' aplicabilidade da teoria: a refeição tomada pelo homicida não é considerada causa! Os demais itens inserem-se na cadeia causal, pois sem eles o resultado *morte* não teria ocorrido. Logo a refeição do homicida não é *conditio sine qua non* para a morte da vítima. A teoria em questão apresenta ótima aplicação para os casos de instantaneidade entre a ação e o resultado. Sendo brevíssimo o tempo passado entre a intercorrência de um fenômeno e outro, a observação dos fatos é mais fácil e, então, é mais segura a eliminação de outra influência, que não aquela quase subitamente notada, na cadeia. Porém, quando temos que avaliar a intercorrência de causas que operam mais lentamente no tempo, quando os fenômenos sucedem-se gradativamente, o valor prático e lógico da teoria esfacela-se. *Stella (Leggi scientifiche, p. 57)* dá-nos notícia de uma perícia realizada pelo *expert* Augusto Murri em processo no qual se apuravam as circunstâncias da morte de certa pessoa, atestada como *pneumonia aguda*, óbito esse acontecido no transcorrer do 11º dia após agressões físicas e morais por um desafeto, tendo o *perito d'ufficio*, no caso Murri, formulado dois sugestivos exemplos de processos causais imediatamente perceptíveis sobre os quais o analfabeto e o filósofo, se indagados, responderiam concordemente para a existência do nexa causal:

"Ruzzolo giù per le scale e mi rompo una gamba e, giunto in strada, ricevo sul capo una tegola e cado per emorragia cerebrale: l'analfabeta e il filosofo si trovano miracolosamente d'accordo! Entrambi dicono che la caduta ha prodotto la frattura dell'osso e la tegola l'emorragia cerebrale. E la ragione di questa evidenza dove è? Innanzitutto nell'impossibilità di attribuire uno dei due avvenimenti così straordinari a tutti i fatti ordinari della mia vita: al mio lavarmi dal letto, allo scendere le scale, all'andar per le strade e via dicendo. Ma qui, la caduta e la tegola rappresentano fatti straordinari e soddisfano subito al bisogno della causalità'. E l'evidenza cresce perchè si vedono i due fenomeni succedersi immediatamente." (STELLA, *Op. cit.*, p. 59, g.n.)

Do mesmo modo, encontra a *c.s.q.n.* excepcional aplicação quando A

tenha morto B, golpeando-o diretamente no coração ou quando X tenha lançado uma bomba sobre um edifício, destruindo-o completamente. Ou quando em séries causais mais elaboradas em que A fere B e, este, transportado para uma enfermaria, aí vem a ser sepultado por um desabamento; também no caso em que X bastona a sangue o cão de B que morre pela queda do helicóptero com o qual pretendia levar o animalzinho ao veterinário (ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, p. 342/343).

Outra coisa, entretanto, é definir a etiologia de um processo doentio provavelmente induzido pela assunção de um fármaco, cujas propriedades não são inteiramente conhecidas e que somente possam ser dessumidas pela reiteração, estatisticamente observada, de certos efeitos, como no caso do talidomide (cf.: FIORE, *Diritto penale*, p. 205).

"Se viceversa si immagina di non sapere già da prima se l'azione è causale, non si può trarre alcuna conclusione. Si ha un bel 'pensar via' l'ingestione del talidomide da parte de donne in gravidanza e chiedersi se le malformazione de neonati si sarebbero avute egualmente; oppure eliminare mentalmente il lavoro di alcuni operai in uno stabilimento e domandarsi se si sarebbero egualmente ammalati di cancro: se no si ha 'già da prima' conoscenza che il talidomide cagiona danno all'embrione e il lavoro in stabilimenti di quel tipo provoca tumori, non si è in grado di fornire alcuna risposta" (ROMANO, *Commentario*, p. 343).

No ponto em que estamos defrontamo-nos com duas alternativas: ou abandonamos a teoria da *conditio*, uma vez que insuficiente *por si só* para a explicação do nexo de causalidade ou, então, absorvemos em sua estrutura o modelo da *subsunção sob leis científicas*. Esse é o caminho a ser seguido no *iter* deste estudo. Como, de resto, foi o caminho tomado por Stella, nos dois estudos fundamentais acima referidos (*'Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale'*; *'la nozione penalmente rilevante de causa: la condizione necessaria'*) revolvendo a mesma picada aberta por Engisch. Trata-se, pois, de aprofundar a análise dos dados oferecidos pelo ordenamento, submetendo ao crivo definitivo a idéia de que a imputação causal do evento possa acontecer somente enquanto referida a uma ou mais leis causais, bem como esclarecer em profundidade o

significado e as implicações do uso da subsunção sob leis na explicação do nexa causal.

Antes, porém, é necessário precisar, bem como opor um pequeno reparo na afirmação de Engisch, apresentada logo no início deste estudo, consoante a qual o conceito de causa penalmente relevante *coincide* com o conceito de causa próprio das *ciências naturais*. Como irresponsavelmente afirma Stella (*Leggi scientifiche*, p. 333), uma noção pura de causa não existe ou, pelo menos, o significado do vocábulo não é unívoco, mas varia de acordo com o setor da ciência (da natureza, histórico-sociais, filosofia da ciência etc.) ou do tipo de linguagem (comum, científico) tido em consideração. Ademais, qualquer progresso substancial no estudo da causalidade para o Direito Penal não pode ser obtido procurando, fora desse último, um conceito *puro* de causa, mas, certamente, percorrendo a estrada segura, que vai da análise das exigências do ordenamento penal à formulação dos conceitos. O juiz penal, diferentemente dos outros estudiosos da causalidade, é chamado a estabelecer se o evento lesivo, como tal, possa ser considerado *obra do homem*, daí a necessidade de recorrer-se a um *critério de imputação* que não é outro senão um conceito que consinta de atribuir ao *agir humano* uma consequência penalmente relevante (STELLA, *Op. cit.*, p. 335). O *valor prático* que uma noção de causa possui no direito penal está, justamente, na *utilidade* que o mesmo permite em distinguir o seu conceito penalístico *al di fuori* daquele utilizado nos outros campos de investigação.

"In effetti, al giudice penale non interessa - in via immediata e diretta - ciò che può avere rilievo per altri tipi di considerazioni, come quelle della filosofia, delle scienze della natura, della storia o di altre scienze 'della cultura'; non gli interessa conoscere 'l'intera situazione concreta in tutta la miriade dei suoi dettagli, considerata in relazione a tutte le leggi scientifiche pertinenti, cioè la causa secondo il punto de vista della filosofia della scienza' che ha preceduto l'evento concreto, come non gli interessa sapere quali sono le condizioni antecedenti 'storicamente' significative, o le condizioni rilevanti dal punto di vista della fisiologia, della biologia, della fisica, della psicologia e via dicendo" (STELLA, *Op. cit.*, p. 336).

Para o juiz penal, com efeito, *não interessam*, v. g., a explicação de processos fisiológicos, como aqueles derivados do ferimento por uma arma branca, bem como a *inteira explicação* de seu decurso patológico; para ele, causa da morte de um homem é o golpe desferido por outro homem. De outro lado, se fizéssemos coincidir plenamente os conceitos (causalidade natural e penal) depararíamos-nos com problemas intransponíveis na tratativa dos crimes omissivos *causalmente orientados*.

Outra coisa, entretanto, é, se para conseguir esse fim (aplicação da norma penal), possa ele, de maneira puramente instrumental, utilizar-se de noções próprias do *saber científico*. Este funciona, aqui, como instrumento operativo para aplicação do Direito. O desenvolvimento científico tem importância transcendental para a humanidade em geral e, decisivamente, para a aplicação do Direito Penal. É que, na busca de explicações sistemáticas e controláveis, a ciência contribui para reduzir a indeterminação na explicação de acontecimentos, aumentando o *poder de controle humano* sobre os mesmos, bem como servindo ao fim de tornar inteligível ao conhecimento humano o curso de eventos que, doravante, tornam-se previsíveis. É bem de ver-se que o problema da causalidade se apresenta, antes, como um *problema do conhecimento*, constituindo-se numa *categoria dinâmica*, em evolução, a depender de novas descobertas, nas diversas áreas do conhecimento, inclusive aquela de campos ainda inexplorados para o direito penal, como a parapsicologia e algumas ciências espirituais, que, um dia, fatalmente, poderão oferecer notáveis contribuições ao Direito Penal, e, muito substancialmente, ao regime probatório de misteriosos crimes de autoria *oculta*.

Nesse sentido é que diz com precisão Mantovani (*Diritto penale*, p. 179) que o campo da causalidade está sujeito a *contínuas evoluções* e ampliações, em correspondência com os *progressos da ciência*. Há um tempo, com base em errôneas crenças, o que era tido como causa, hoje pode não mais sê-lo (meios supersticiosos, feitiçarias, magias), bem como o que há um tempo não era conhecido como causa hoje o é, ou poderá tornar-se amanhã, consistindo as conquistas das diversas áreas da ciência na descoberta de novos nexos causais, oriundos das leis médicas, fisiológicas, patológicas e terapia, bem como leis da física e da química "*fino alle possibili leggi di quel mondo ancora misterioso della parapsicologia*".

Devemos, então, fazer referência às *leis científicas*, na definição e explicação para a causalidade de um determinado evento, firmes na consideração de que esse juízo não pode ser formulado, arbitrariamente, pelo juiz, segundo sua intuição, ou assentar justificação na livre apreciação dos fatos (*juízo fatural*).

Se assim fosse, estaria o juiz, no exercício desse curioso processo mental, agindo em antecipação – quicá equivocada – dos resultados que as ciências naturais poderão, no futuro, aportar (STELLA, *La nozione*, p. 353). Ademais, esse mesmo juiz, em vez de *consumidor* de leis causais, se converteria, em arrepio à lógica, em *produtor* delas (*idem*, p. 356). Sequer seria possível consentir ao juiz uma concepção da causalidade segundo a imagem que possa ter do mundo e do curso de acontecimentos físicos. Num Direito Penal que procure a responsabilização de alguém pela causação de certo fato, somente com a busca de um *critério objetivo* alcança-se a insuplantável igualdade dos indivíduos perante a lei, bem como se dá atuação ao princípio da taxatividade para os tipos penais. A busca de uma explicação *nomológico-probabilística* e/ou *nomológico dedutiva* (causalidade em sentido *nomológico-funcional*, cf. ROMANO, *Commentario*, p. 343), aplicando-se a *causalidade científica*, em substituição à causalidade como mero juízo hipotético de *eliminação mental* (juízo *controfactual in mente*) sem, entretanto, abandonar a teoria da *conditio*, desde que *referida* ao modelo da *subsunção sob leis*, justifica a verdadeira causalidade para o Direito Penal.

Com esse conceito se deseja sublinhar que uma *adequada* explicação do *porquê* de um evento particular somente pode ser obtida com o emprego (empiricamente controlável) de *leis universais* e *leis estatísticas*. Ambos implicam a admissão do conceito de *sucessão regular dos acontecimentos*, previamente explicados sob o modelo da subsunção sob leis de modo que uma condição é *conditio sine qua non* (condição necessária) de um evento quando permita a explicação deste mesmo evento por incidência de uma *lei de cobertura geral*.

Desde logo é preciso refutar qualquer referência ao mal explicado e perigoso conceito de causalidade segundo o *senso comum*, porquanto essa generalização apresenta o defeito irreparável consistente na *impossibilidade de controle crítico* (STELLA, *Leggi scientifiche*, p. 145). Uma tal generalização não permite, ademais, uma perfeita linha divisória entre provas que a confirmem ou a contradigam (p. 147). Para a ciência são suficientes as circunstâncias que permitam e rendam possível a explicação de eventos singularmente considerados sob *rígido controle*, afastadas as generalizações da vida quotidiana (p. 150), a menos que nesse juízo seja *tacitamente admitida* a existência de uma lei de cobertura o choro da criança não é devido ao tapa que lhe deu um colega de escola – porque fulano me bateu! – mas porque se sabe que um tapa *pode* ocasionar a *dor* que é, enfim, a causa do choro). Nesse caso, uma enunciação causal pode ter por base uma explicação fundada no *senso comum* já que, Nesse Juízo, “*Subentende-se uma lei de cobertura tacitamente assumida*” (ROMANO, *Commentario*, p. 348).

Mas o que são as leis científicas e qual a função que desempenham? Ao último interrogativo a resposta é imediatamente compreensível. O processo de subsunção sob leis desempenha uma tarefa hieraricamente instrumental para o juízo de imputação objetiva do resultado. Ou seja, desempenha uma *função explicativa* (justifica o *porquê*) da atribuição a alguém de um certo acontecimento. O juiz utiliza-se desses conhecimentos (ou leis de cobertura geral) a fim de poder afirmar que aquela ação havida no mundo físico é *conditio sine qua non* para o resultado concreto. “*Con ciò, se capisce, non intendiamo svalutare il criterio della sussunzione sotto leggi: quel che vogliamo sottolineare, piuttosto, è che l'uso di tale criterio costituisce un semplice mezzo – un mezzo indispensabile, ma pur sempre un mezzo – per stabilire se fra azione ed evento sussista o non sussista un nesso di condizionamento*” (STELLA. *Leggi scientifiche*, p. 113).

À primeira interrogação do parágrafo supra (o quê) responde-se que uma lei é uma asserção, uma afirmação, uma *hipótese* que permita a *explicação* e a *previsão* de certos acontecimentos. Para tanto, deve satisfazer aos seguintes requisitos: a) possa sofrer *controle crítico* (*controlabilità*), porquanto os enunciados insuscetíveis de controle empírico e, portanto, privados de implicações experimentais, são carentes de um objetivo poder de explicação porquanto nenhuma *descoberta* poderia sustentá-los ou desmenti-los (STELLA. *Op. cit.*, p. 124); b) atender ao requisito da generalidade (*generalità*); é necessário que os casos observados *não coincidam* apenas com o campo de aplicação da própria lei; c) devem estar dotadas de um alto grau de confirmação (*alto grado di conferma*), ou, o mesmo que dizer, devem resultar confirmadas por um *alto grau de probabilidade indutiva* (STELLA. *Op. cit.*, p. 126). Fizemos um ligeiro aceno às leis gerais que permitiriam ao juiz, de forma absolutamente objetiva, explicar o *porquê* de um determinado evento (leis universais e estatísticas). É preciso, então, delinear-las. Em sede epistemológica as leis científicas aptas a explicar as relações entre acontecimentos devem ser distintas em *universais e estatísticas* (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 203). São do primeiro tipo aquelas em grau de afirmar que a verificação de um evento é *invariavelmente* acompanhada da verificação de um outro evento (*idem*). Assim, p. ex., as seguintes leis: aquecendo-se uma barra de ferro, esta dilata-se; lei da gravidade (cf. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 181); ou, separando-se uma barra de ferro magnetizada em duas partes, ambas permanecem magnetizadas (FIANDACA-MUSCO. *Op. cit.*, p. 203); o vapor d'água se condensa em líquido quando em contato com uma superfície suficientemente fresca (hipótese lembrada por Stella, em *Leggi scientifiche*, na página 92, para a indagação do *porquê* da umidade

sobre a superfície externa de um copo, após nele ser lançada água gelada); leis da termoquímica e física (o gás contido numa carga de picrato de potássio detona se submetido a estímulo explosivo adequado (STELLA. *Op. cit.*, p. 95); à indagação "por que o gelo flutua sobre a água?" aplica-se uma lei universalmente aceita que nos explica ser a densidade do gelo menor do que a do meio líquido onde aquele foi arremessado; leis da hidrostática que permitiriam explicar que 'o afirmado afundamento da nau deveu-se à existência de uma fenda, sendo o enunciado válido em força da lei de Arquimedes" (MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 181); lei do equilíbrio dos corpos sujeitos a forças (STELLA, *idem*, p. 93\94); toda vez em que uma centelha passa através de uma mescla gasosa de hidrogênio e oxigênio, os gases, descompondo-se, formam a água (STELLA. *Lege scientifiche*, p. 368).

Não desmentidas por exceções, satisfazem ao máximo nível as exigências de rigor científico e certeza (FIANDACA-MUSCO. *Op. cit.*, p. 203), também jurídica (cf. MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 181). Não é possível negar que uma explicação nomológica fundada nesse critério satisfaça plenamente ao requisito de certeza na atribuição do nexa causal. "Com ele evita-se: a) a atribuição de fatos não próprios e por isto não causados pelo agente ou produzidos por forças naturais" (RAMACCI. *Corso di diritto penale*, p. 56).

Mas existem acontecimentos que exprimem apenas uma *sucessão não uniforme* de regularidade no tempo. A certo evento corresponde outro, não necessariamente, mas, apenas, *regularmente* ou em *reiteradas vezes*. Não há como explicá-los senão pela utilização de uma *referência nomológico-probabilística* dos resultados normalmente produzidos. Estamos frente ao problema da aplicação das *leis estatísticas*. Há tipos penais que embutem na sua própria definição tal critério. Os exemplos mais notórios, para o Direito Penal brasileiro, são os do *jogo do bicho* e das *máquinas caça-níqueis*, esse último totalmente desfigurado como *diversão eletrônica*, constituindo-se em autêntico *jogo de azar* no qual a probabilidade de ganho pelo *jogador* é praticamente inexistente, pelo que configura, perante a nossa legislação, o crime previsto na Lei n. 1.521\51 (economia popular) ou a contravenção do art. 50 LCP. Quando o fator sorte assumir a totalidade ou maior probabilidade de incidência fica caracterizado, para nossa legislação, o *jogo de azar*, inclusive por expressa definição legal: "*Consideram-se jogos de azar: a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte*" (LCP, art. 50, § 3º). Sobre isso, Paulo Lúcio Nogueira (*Contravenções penais controvertidas*, p. 275). O estudo de Stella, reiteradamente citado (*La nozione penalmente rilevante*

de causa, p. 368), associa a aplicação de leis estatísticas para quando a apresentação de um resultado é acompanhado pelo verificar-se de um outro evento em um certo percentual de casos, v. g., quando se lança repetidamente um dado simétrico, sob os pontos de vista geométricos e físicos, “la probatilità che esso si arresti com una faccia prefissata verso l’altro è de 1 a 6”.

E o Direito Penal não pode dispor da aplicação de leis dessa natureza. Seja porque se constituem na normal premissa de toda atividade humana (lícita ou ilícita) (cf. PADOVANI. *Diritto penale*, p. 161), seja por insuficiência do número de leis universais conhecidas à explicação dos fenômenos, bem como porque uma explicação à base probabilística domina inteiros setores do conhecimento humano (são dessa natureza, p. ex., as leis explicativas da biologia, fisiologia, psicologia, neurologia, “per non dire della scienza medica, che è un imprescindibile supporto del giudizio penale” (MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 182 – g.n.). Tais leis encontram validade científica quanto mais sejam suscetíveis de encontrar aplicação em um número suficientemente alto de casos e de receberem confirmação mediante o recurso a métodos de prova racionais e controláveis (FIANDACA-MUSCO. *Op. cit.*, p. 204). É a própria limitação dos conhecimentos humanos que nos induz a recorrer a uma série de assunções tácitas, ou seja, dadas por existentes *coeteris paribus*. Não se pode exigir, com efeito, que o juiz explique o inteiro mecanismo de produção do evento, mesmo porque até mesmo às ciências naturais falta um conhecimento onisciente do inteiro mecanismo causal. Sendo impossível conhecer todas as fases intermediárias pelas quais a causa produz-se no mundo físico (efeito final) (STELLA. *La nozione*, p. 375), e, por fim, porque as leis estatísticas, servindo à explicação de mecanismos causais, pelo alto grau de probabilidade exigível, bem como pelo rigoroso controle crítico a que se submeteram os casos examinados, não fica excluído ao Direito Penal utilizar-se delas, para o fim da imputação objetiva do resultado.

Embora essa admissão constitua-se num ponto delicadíssimo (CARACCIOLI. *Manuale*, p. 246) para nossa matéria (“É consequência somente a que seguramente deriva daquela conduta, ou é ‘consequência’ também aquela que não se há certeza derivada da conduta mesma mas que é provável – ou muito provável – que derive desta?”, indaga o Caraccioli), atendendo-se que, como instrumento de controle social, cujo objetivo é voltado essencialmente ao comportamento dos consociados, o Direito Penal não pode não plasmar seus próprios valores de relevância causal também sobre critérios probabilísticos (PADOVANI. *Diritto penale*, p. 161). Em verdade, constitui-se o campo do

nexo causal numa *referência utilitarística* para Direito Penal (CARACCIOLI. *Op. cit.*, 246). Não se trata de resolver, ele próprio, problemas científicos, para os quais ocorre a *certeza das conclusões*, mas de estabelecer se um certo sujeito é o responsável por um evento. Numa reconstrução de caráter jurídico, acresce o mesmo autor, *“non si potrà sempre essere del tutto certi di tale collegamento eziologico e ci si dovrà molte volte accontentare di un accertamento di tipo probabilistico. La scienza e la tecnica danno come molto probabile, come verosimile, che B deriva da A, anche se manca una dimostrazione al cento per cento. Il giudice penale può essere costretto, per le esigenze particolari del suo lavoro, ad accontentarsi di questo tipo de collegamento. Sarebbe assurdo se dovesse perseguire la certezza assoluta.* Uma contraposição epistemológica, como acentua Mario Romano (*Commentario*, p. 347 - com referência a Puppe, *Zurechnung*, pg. 299), entre explicações causais e explicações estatísticas, não apresenta relevo essencial no Direito Penal, para o qual é causal também a explicação fundada sobre *leis estatísticas*. O evento lesivo conforme a figura delitiva será atribuível à ação quando a asserção “sem o comportamento do agente o evento não se teria verificado” é *altamente provável* (altamente provável respeito às informações contidas nas premissas explicativas, e também em proposições implícitas ou explícitas, relativas ao problema de outros processos causais). Enfim, *“la struttura della spiegazione causale in diritto penale è dunque probabilistica”* (g.n.).

São desse tipo as explicações para a existência de nexo causal nas hipóteses: entre exposição ao sarampo e o contágio (STELLA. *La nozione*, p. 369); entre a utilização do fumo e o tumor pulmonar (MANTOVANI, *Op.cit.*, p.181); entre a presença de câncer e a exposição ao raio ‘X’ ou à radiação nuclear (*idem*, p.182); entre a construção de um edifício que desaba e o atendimento (ou não) de uma série de leis a fundamento probabilístico, de natureza geológica, geotécnica, física, etc.; entre a utilização de um fármaco e eventual morte do paciente, o que, inclusive, pode ocorrer por *efeito colateral* da sua utilização, verificado em um relevante número de casos comprovados estatisticamente; entre a subministração de talidomide e a superveniência de malformação fetal de caráter teratogênico; entre infecção subcutânea havida num grande número de operários de uma fábrica de alumínio e a exposição aos elementos químicos ali produzidos; entre a *afecção das faringes e laringes, havida nos funcionários de uma manufatura, que manipulam pó formoldetido, e a emissão de gases que contenham a substância’* (último exemplo in PADOVANI, *Op. cit.*, p.160). A aplicação de leis estatísticas (probabilísticas)

imanta totalmente o campo da determinação da paternidade (com efeitos inescandíveis sobre o direito penal!), pelo *estudo direto do DNA* (PENA. In: *Direitos de família e do menor*, p. 243\259), sendo de tal importância que esse ramo da ciência (genética) trabalha com o conceito denominado “Índice de Paternidade”, que pode ser convertido em uma Probabilidade de Paternidade (PENA. *Op. cit.*, p. 250), usando uma metodologia estatística denominada Teorema de Bayes, que parte, *a priori*, de uma probabilidade de paternidade de 50% e que pode chegar a um índice superior a 99,999%, ou seja, numa probabilidade *quase absoluta*.

Essa imputação, de base estatístico-probabilística, poderia ser assim sintetizada: a conduta é *coditio sine qua non* do evento quando, sem ela, o evento, *muito provavelmente*, não se teria verificado, segundo a melhor ciência e experiência do *momento histórico*. A utilização do advérbio temporal se impõe porque *exclui* que se possa imputar o nexo causal a condutas que não foram, ainda, empiricamente comprovadas como causais, bem como *permite* a imputação objetiva do resultado a quem tenha *conhecimentos particulares* e superiores de certos processos causais (fugindo-se do mal formulado conceito de “*homem médio*”, que não atende aos exigíveis critérios de certeza jurídica).

A cobertura, ou subsunção de eventos por uma lei estatística, necessita, também, de que o acontecimento, ao par da conduta do agente, bem como da incidência da explicação *nomológico-probabilística* (fundada em uma probabilidade de alto – ou relevante – grau de probabilidade) não seja, também provavelmente, em concreto, devida a processos causais diversos daquele considerado (STELLA. *La nozione*, p.374): “*imputare causalmente l'evento all'agente significa dire che il comportamento di quest'ultimo probabilmente è una condizione necessaria, e che probabilmente non sono in concreto intervenuti processi causali diversi da quello considerato*” (g.n.). Nos casos de explicação fundada em uma “*série contínua de eventos*”, o nexo de condicionamento entre ação e evento poderá ser reconhecido existente apenas com uma *quantidade de precisões* e desde que *razoavelmente* (não certamente) possa excluir-se a intervenção de um diverso processo causal (ROMANO. *Commentario*, p. 347).

A utilização da expressão “condição necessária” ou “condição *contingentemente necessária*” deve ser explicada. Vimos que a adoção da teoria da causalidade científica, por utilização de *leis de cobertura* não é incompatível com a teoria da *conditio*, mas ambas interpolam-se desde que ao proceder-se ao *juízo contrafactual* possa o evento *explanandum* subsumir-se no *explanans* com o auxílio de uma lei científica. Assim, um antecedente é ‘*conditio*’ de outro

(*rectius* condição necessária) desde que, segundo uma *regularidade* enunciada por uma *lei científica* (universal ou estatística), não possa ser suprimido sem que o *posterius* também o seja. É por isso que esse critério é o da *conditio* orientada segundo o modelo da subsunção sob leis científicas (leis de cobertura geral). Padovani (*Diritto penale*, p. 161) integra a teoria da *c.s.q.n.* com tal modelo e identifica a causalidade na *conduta humana* sem a qual o evento, tomando-se por base a *melhor ciência e experiência do momento histórico*, não se teria verificado.

É essa, exatamente, a operação que o magistrado faz, quando, *v.g.*, no caso instigante do talidomide, exercitando o juízo controfactual, afirma que, sem a ingestão do fármaco por parte da gestante, as malformações daquele feto não se teriam verificado, justamente, porque aqui, ao realizá-la, assume uma lei de cobertura (no caso estatística) "*a ingestão do talidomide é seguida de malformações fetais em um alto percentual de caso*". Essa função (explicativo-instrumental) é *insubstituível* para o Direito Penal (STELLA. *La nozione*, p. 370), quanto mais se considere a existência de inúmeros ramos do conhecimento humano que se valem de leis preponderantemente estatísticas (fisiologia, biologia, e, repise-se, genética).

Fizemos referência no texto às leis científicas de cobertura geral. Mas qual o *método de trabalho* ou sob que condições podemos afirmar que uma determinada lei tem *valor científico*? Estamos de frente ao problema do método científico, que cumpre explicar. O que conta, na autorizada opinião de Fiandaca-Musco (*Diritto penale*, p. 205\6), para uma correta aplicação das regras relativas à formulação das hipóteses causais e à individualização dos *fatores relevantes* são: os critérios experimentais (ou de outra natureza) de sustentação probatória da explicação proposta; a escolha entre explicações causais rivais; a confirmação extraída através de critérios diversos daqueles embasados sobre a experiência (ou sobre a observação), quais sejam, *v.g.*, a dignidade ou plausibilidade teórica da hipótese explicativa escolhida etc. (p. 206).

Ao juízo de Mantovani (*Diritto penale*, p. 180, nota 16) à individualização do método da lei causal, mais do que o modelo rigorosamente indutivo do tipo *stuartmilliano*, se aplicaria aquele analítico-dedutivo, não necessariamente experimental e que parte de uma hipótese amplamente provável – dotada de sustentação teórica geral –, restringindo racionalmente o campo de investigação e que, por fim, venha confirmada por uma série de controles sucessivos (experimentos eventuais).

Uma análise mais detida na última edição da notável e penetrante

investigação feita por Stella (*Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, p. 153/230), entretanto, leva-nos a outra posição. Necessitando o cientista, para formar suas conclusões, *selecionar fatos*, ainda não cumpriu inteiramente sua tarefa, porquanto esses mesmos fatos poderiam ser extraídos de acontecimentos absolutamente irrelevantes (*no caso do talidomide, não teria sentido formular as observações sobre uma cadeia que não tomasse em consideração a ingestão mesma da substância tida como teratogênica*). Assim, somente os *fatos relevantes* deveriam ser observados e esses fatos, na mesma hipótese de investigação, resumiam-se à escolha (a fim de formulação do enunciado científico) de gestantes que houvessem ingerido o fármaco (*Contergan*) no período crítico de gravidez (*Op. cit.*, p. 160). Qualquer investigação científica há de ater-se, pois, não a um procedimento mecânico, ou asséptico de todos os fatos (negação de métodos mecânicos de inferência indutiva), mesmo porque o universo de observação é estritamente limitado para o cientista que jamais teria à sua disposição uma possibilidade de observação universal. Disse, no imprescindível estudo: "*la ricerca scientifica non può essere concepita come un procedimento meccanico - che cioè essa non pressuppone né può pressupporre un'osservazione e un'analisi 'asettica' di tutti i fatti, e non implica, né può implicare l'uso di metodi meccanici di inferenza induttiva*" (STELLA. *Leggi scientifiche*, p. 166). Então, a fim de eliminar-se toda forma de apreciação subjetiva, bem como toda fonte de erro, propõe a própria ciência o emprego de uma sustentação *indutiva* que importe, que assegure, não propriamente uma prova dedutivamente definitiva, mas sim um grau de confirmação *mais ou menos forte* (STELLA. *Op. cit.*, p. 167/8). Em verdade, à ciência moderna o problema causa é um *problema de descoberta*, mais do que de lógica. Assim, adapta-se a ela o *método experimental* que consiste, em sintética formulação, na atuação positiva do homem sobre os acontecimentos, subtraindo-lhe a função de mero espectador (quando, então, dá-se o denominado *método não experimental* ou de observação) a fim de que possa obter resultados melhores do que aqueles possíveis à simples observação dos acontecimentos, transformando-o em *produtor de experimentos*.

Nem por isso, para os casos em que tais experimentos sejam vedados (por importar em ameaça à incolumidade pública, v.g., ou em violação da integridade corporal do homem) ou não possíveis fatuamente (*como reduzir a experimentos, v.g., uma catástrofe que se tenha concretizado na queda de vários edifícios de moradia, com a morte e ferimentos de centenas de pessoas?* Entretanto, é evidente que o progresso e as necessidades de pesquisas no campo

da física atômica vêm impondo sucessivas experimentações por detonações em santuários do planeta) fica impossibilitada a referência ao método científico, não experimental. Há ramos da ciência que tiveram notáveis progressos, como a astronomia e astrofísica, inobstante a impossibilidade de provocação de experimentos. Outrossim, nos casos do talidomide e do *desastre de Stava* (situada na região de Trentino, Itália) como se refere Caraccioli (*Manuale*, p. 247\8), não fora possível uma reprodução experimental dos acontecimentos, e, inobstante, pode a ciência fornecer precisos (no sentido de altamente prováveis) elementos de cobertura geral. O mesmo diga-se para as áreas da geologia e embriologia nas quais a falta de ocasião para execução de experimentos controláveis não impediu (como de resto não vem impedindo) aos cientistas a formulação de leis gerais fundamentadas.

O método científico é aquele que, permitindo rigoroso controle crítico, assenta-se na formulação *indutivo-experimental* (quando seja possível) fornecendo um alto grau de probabilidade racional, sendo objetivamente comprovável.

Não é porque a comprovação do acerto de uma sentença tal como “golpeando-se um homem ao coração, muito provavelmente ou seguramente morrerá” não possa ser induzida experimentalmente (é inimaginável que os médicos-legistas tenham chegado a esta sentença através de uma manipulação controlada de tantas mortes quanto necessárias à sua formulação!) que a ciência médica tenha deixado de comprovar sua sustentação científica. No caso do talidomide (*Contergan Verfahren*) era possível sustentar-se, com base numa argumentação probabilística, que os diversos casos de embriopatia eram devidos à atuação de uma *substância tóxica externa* porquanto colocado o medicamento no mercado, na Alemanha, logo se seguiram, em sede epidêmica, casos de malformações fetais; a área de incidência coincidia com a de comercialização; estudos anteriores demonstravam que o nascimento de fetos totalmente deformados era antecedido de ingestão do fármaco; também em outras partes do hemisfério (inclusive Austrália) foram encontrados casos de focomélia também para hipóteses em que as mães haviam ingerido a substância, que, ali, era comercializada com outro nome (*Distaval*); a ciência estava conforme quanto ao poder teratogênico do fármaco; *experimentações feitas sobre animais* levaram ao nascimento de criaturas com as mesmas malformações humanas; após ser retirado do mercado comercial, não se encontraram mais casos de malformação fetal (vide STELLA. *Leggi scientifiche*, p. 194\198).

A experimentação e a observação constituem-se, dessa forma, os

critérios com base nos quais a ciência fornece-nos *hipóteses* suscetíveis de adjetivarem-se em *leis científicas*. É impossível inferir-se uma lei científica retirando-a automaticamente dos fatos observados (juízo fático), ou seja, não há no processo científico possibilidade para inferências indutivas que levariam a considerações (*attegiamento*) arbitrariamente subjetivas do juiz penal, fazendo-o *produtor* ao invés de *consumidor* de leis causais. Sendo estas meras hipóteses, perante as quais certos fatores são considerados causalmente relevantes (STELLA. *Op. cit.*, p. 219), impõe o *método científico* sejam submetidas a *controle* (racional). Nem se exige que a hipótese apresente um grau de confirmação absolutamente correto. É *suficiente* que possa gozar de um alto grau de *confirmação racional* “*giacchè anche la legge meglio fondata si basa necessariamente su un numero finito di osservazioni ed è perciò suscettibile di smentita*” (STELLA. *Op. cit.*, p. 219/220), com referência a Carnap. *I fondamenti filosofici della fisica*, p. 36). Embora recomendável (quando cabível) o emprego do método indutivo-experimental (quando as condições e hipóteses de trabalho são criadas artificialmente), não é indispensável.

O *elevado grau de credibilidade racional* à base da sustentação probatória para a existência de *leis causais* não importa, porém, que seja prefixado um *valor quantitativo* (uma expressão numérica) para ser confirmado. Nem o juiz estaria livre para aceitar uma hipótese causal. O livre convencimento do juiz encontra limites. Esse convencimento não pode ser obra senão de uma operação *racionalmente lógica*. Não poderia, assim, aceitar uma *hipótese causal* que se encontre em *relação de incompatibilidade* com asserções correntes hauridas do *conhecimento científico*. Não há dúvida, também, de que deva aceitar uma dada hipótese confirmada indutivamente pela ciência. A palavra do principal artífice de toda essa construção, absolutamente sólida e sedutora, é convincente e persuasiva.

“L'impossibilità di prefissare una valutazione numerica dell' 'alto grado' di conferma o di probabilità logica non deve indurre a pensare che il giudice sia assolutamente libero di accettare o di non accettare un'ipotesi causale. Anche qui, il libero convincimento del giudice incontra dei limiti rigorosi: se 'alto grado di conferma' significa, come abbiamo visto, elevato grado di credibilità razionale, se la conferma o credibilità di un'ipotesi è una relazione logica fra l'ipotesi medesima e le prove disponibili, il convincimento del giudice, per le ragioni che abbiamo a suo luogo illustrate, non può che essere l'espressione di una valutazione operata razionalmente, con criteri rigorosamente logici. Così, non v'è dubbio che il giudice non possa accettare un'ipotesi causale che si trovi in rapporto di

incompatibilità com le asserzioni relative ai dati probatori e alla 'conoscenza scientifica totale', come non v'è dubbio che il giudice debba accettare un'ipotesi che, oltre ad apparire confermata induttivamente, risulti deducibile da altre ipotesi o teorie che abbiano un sostegno probatorio autonomo." (STELLA. *Leggi scientifiche*, p. 226\227)

O leitor pode ainda não ter-se apercebido, mas duas indagações são fundamentais: para subsumir um determinado fato a uma lei de cobertura geral, o juiz necessita, ainda, transpor dois momentos: a) qual fato será coberto por uma lei científica; b) qual a lei ou leis aplicáveis? Põe-se aqui o problema da *descrição do evento*, sem o qual sequer uma cogitação de causalidade seria admissível. Afastando-se a *inútil* discussão sobre se esse evento deverá coincidir com uma descrição completa de todas as modalidades concretas (Mezger); se através da descrição abstrata, dessumida da norma penal (TRAEGER. *O conceito de causa em direito penal e civil*, p. 41 *apud* STELLA. *Leggi scientifiche*, p. 246 nota 21), o certo é que, neste momento, de (*re*) descrição do evento o juiz opera uma generalização *hic et nunc* (evento concreto). O evento objeto da (*re*) descrição é aquele que, *conforme a previsão da norma*, verificou-se *hic et nunc*. Isso porque, como já assinalado, constituindo-se a explicação mediante leis num simples *meio* para estabelecer se entre esta *ação concreta* e aquele *evento*, também *concreto*, possa haver um nexo de condicionamento, a exata descrição do acontecimento deve ser feita pelo juiz levando sempre em consideração "*un evento riconducibile al tipo di evento previsto dalla norma, quale si è verificato hic et nunc*" (STELLA. *Op. cit.*, p. 256).

Partindo da concretização do fato singular de cuja imputação se trata, o juiz, para operar uma sua conjectura explicativa, faz atuar uma generalização, *interrogando à ciência* se esta fornece uma explicação nomológico-dedutiva (baseada em lei universal) ou nomológico-probabilística (assentada numa lei estatística) explicando mediante controle crítico e racional se os antecedentes anunciados (em concreto) são condições do evento.

Quais são as leis que o juiz deverá enunciar? Se observamos um acidente automobilístico e desejamos conhecer a sua explicação, certamente teremos que indagar: *qual o ponto de vista que se pretende explicar?* É que, para um engenheiro, o infortúnio poderá ser atribuído às leis sobre o atrito ou mecânica, se o interrogado, nesse último caso, for um engenheiro mecânico; responderá o psicólogo que o motorista poderia estar ansioso, sob contínuo *stress*; o físico poderia explicar o fenômeno com uma sentença sobre a *aquaplanagem*; o neurologista poderia firmar uma explicação sobre a existência de um repentino

curto-circuito no mecanismo cerebral porque o motorista era portador de epilepsia, e assim sucessivamente.

Seria indiferente e irrelevante, num caso em que uma avalanche seja o *explanandum*, a utilização das leis da gravidade e da resistência do ar. Logo se vê que o fator preponderante, tomando-se em consideração o juízo de imputação penal, é que haja uma lei de cobertura que justifique a atribuição do fato a uma *conduta humana*, sendo essa a lei pertinente. No caso do talidomide, suposto que o evento a explicar-se sejam as malformações de Ticio e que o juiz formule a *conjetura* que tais malformações dependem do efeito teratogênico do medicamento, a investigação judicial deverá desenvolver-se na direção indicada de uma semelhante suposição: "ingestão do talidomide da parte da genitora de Ticio, durante o período de gravidez". Enunciado o efeito teratogênico do fármaco, por uma lei estatística (a ingestão do talidomide provoca malformações fetais em um alto percentual de casos), está o juiz em grau de atribuir o resultado *in concreto*.

"...supposto che per spiegare una determinata frana si ritenga di poter far ricorso alla legge concernente gli effetti della 'lubrificazione dell'argila', questa stessa legge servirà da guida nell'opera di selezione e di accertamento degli antecedenti rilevanti: la spiegazione potrà dirsi raggiunta quando si sarà dimostrato che 'negli strati rocciosi coinvolti nel movimento franoso vi era una notevole quantità di argilla lubrificata dall'acqua.'"
(STELLA. *Leggi scientifiche*, p. 274)

Uma última colocação. O método científico (causalidade sob leis) implica (tanto para a atribuição quanto para a negação de um resultado à conduta humana) um juízo *ex post*, tomando em consideração o evento acontecido *hic et nunc* (veja-se MANTOVANI *Op. cit.*, p.183), o que afasta a redução da teoria a uma variante da causalidade adequada. Com efeito, Stella (*Legge scientifiche*, p. 391, *nota 100*) rebate uma afirmação de Bettiol, pela qual "*la conclusione alla quale (...) lo Stella arriva non diverge sostanzialmente dai risultati della causalità adeguata, in quanto è al criterio della probabilità dell'evento che in ultima analisi ci si affida*". E responde com a seguinte sentença:

"Questa affermazione è chiaramente il frutto di un fraintendimento: una cosa è infatti asserire che il giudizio sul nesso di condizionamento – un giudizio ex post! – è un giudizio probabilistico, e altra e ben diversa cosa è sostenere la necessità di un giudizio ex ante di adeguatezza." (STELLA. Op. cit., p. 391 – g.n.)

Vejamos agora como poderia ser resolvida a hipótese de *decurso causal anômalo* (ou *atípico*, cf.: FIANDACA-MUSCO. *Op. cit.*, p. 217), para os casos das *causas supervenientes relativamente independentes*, objeto de expressa previsão legal, art. 13, § 1º, Código Penal brasileiro. Reza o artigo:

"A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado: os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou."

Alguns exemplos poderão auxiliar na compreensão do problema, iniciando-se com o comuníssimo apelo à hipótese do ferido que é levado para o hospital e, ou no curso do trajeto, porque a ambulância que o transportava capotou, ou, já no nosocômio, onde surge um fortuito incêndio, morre pelas causas anunciadas (traumatismo crânioencefálico e queimaduras generalizadas). Outras sugestivas hipóteses são encontráveis na doutrina: Tício é ferido por Caio, que morre porque no hospital contrai uma forte gripe; Tício, ferido, morre em seguida a uma aluvião da qual não consegue subtrair-se; Tício fere um barqueiro (*barcaiolo*), ocorre a superveniência de uma violentíssima tempestade, que determina o afundamento da barca e o afogamento daquele, *sem que a ferida tenha condicionado o evento*; Tício subministra a Caio uma bebida envenenada; antes que o venefício faça efeito, este vem a ser morto por um disparo de fuzil ou por um infarto (PAGLIARO. *Principi di diritto penale*, p. 375); uma pessoa vem a ser envenenada, mas, depois, é morta por um raio ou derrocada do teto, *"prima che il veleno abbia agito"* enquanto estava sob o aconselhado repouso; o passageiro de um voo é ferido pelo seqüestrador, após vem a ser morto pela queda accidental do avião (MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 186); acamado num hospital, após ser ferido por alguém que tenha agido com *animus necandi*, o paciente vem a ser morto por *erro médico*; na mesma hipótese (ferimento inicial doloso) venha o sujeito a ser morto por Caio, que também

agiu dolosamente (MARINI. *Lineamenti*, p. 344); ou no exemplo também freqüente, do sobrinho que induz o rico tio a empreender uma viagem ao exterior, na esperança de que sobrevenha um acidente, o que, *pontualmente*, sobrevém; na hipótese mais elaborada e um pouco mais *complexa* em que C cede heroína a D, que, injetando-a, morre; o caso do *capelão do hospital* que, por conta própria, embora infectado pela varíola que lhe fora transmitida pelo médico A, que havia retornado de uma viagem à Índia, quando o religioso se tenha deliberadamente decidido à visitação dos enfermos (ROMANO. *Op. cit.*, p. 384); no caso em que A propine dose mortal de veneno a B, que morre por causa natural, antes que o veneno produza, em todo ou em parte, os seus efeitos; após B ingerir veneno, e, também antes da produção de seus efeitos, A mata-o, com uma punhalada (FIORE. *Diritto penale*, p. 199); a bomba-relógio predisposta por Tício explode quando Caio já se encontrava morto por causa de um infarto (RAMACCI. *Op. cit.*, p. 56) ou no caso lembrado por Damásio de Jesus (*Comentários ao código penal*, p. 272\3) em que o motorista do ônibus fá-lo colidir com um poste que sustenta fios elétricos, um dos quais, caindo ao chão, atinge um passageiro ileso e já fora do veículo, provocando sua morte em consequência da forte descarga elétrica.

Nesse último caso, sendo a causa relativamente independente (morte do passageiro já ileso) àquela que não esteja na *linha de desdobramento físico do resultado da ação*, o mesmo Damásio (*Comentários*, p. 275) assevera que o resultado final, também não estando em posição de homogeneidade com a conduta do sujeito, *não lhe é imputado*.

No presente escrito julgamos que a referência à homogeneidade com a conduta havida não é suficiente, permitindo resultados praticamente contraditórios, o que depõe contra o princípio da taxatividade e segurança jurídica.

O mesmo problema ocorreu em Itália. O art. 41 do Código Penal italiano está redigido de forma muito parecida com o art. 13, § 1º, do Código Penal brasileiro. Várias interpretações foram sugeridas, para a explicação do que venha a ser uma "*causa superveniente*", bem como para a definição da específica *função da norma* que teria previsto uma hipótese de *interrupção* do nexo causal (CARACCIOLI. *Manuale*, p. 255), ou de *exclusão de relevância* da relação de causalidade (FIORI. *Op. cit.*, p. 196), sendo, com efeito, sob o ponto de vista normativo, a única sede positiva em que o ordenamento penal poderia dar legitimação a teorias causais diversas da *conditio sine qua non* (FIANDACA-MUSCO. *Op. cit.*, p. 217), atendendo, assim, a uma *exigência de temperamento* em relação a casos que refujam aos esquemas de uma ordinária previsibilidade

e cuja função seria claramente delimitativa do nexo causal penalmente relevante excluindo-o nos casos não enquadráveis numa normal sucessão de acontecimentos (*Op. cit.*). Enquanto para Marco Boscarelli (*Compendio di diritto penale*, p. 127) jamais se poderia duvidar quanto à inexistência de uma relação de causalidade entre uma conduta e um evento que seja o resultado de um processo etiológico para o qual a conduta seja estranha.

É evidente que a norma tem uma função: não a de impor correção à causalidade, mas, segundo um critério normativo, delimitar a relevância de algumas condições para um juízo de imputação penal. Nosso art. 13, § 1º, então, não faz mais do que reforçar a necessidade e exigência, para o juízo de imputação penal, de um nexo de condicionamento entre uma conduta e um resultado. Quando estudamos em Stella (*Leggi scientifiche*, p. 302) que uma explicação causal pode não possuir caráter dedutivo, mas probabilístico, tivemos oportunidade de mencionar que a existência do nexo causal não pode razoavelmente ser devida a um qualquer outro processo causal que não seja consequência do comportamento do agente. Havendo uma pluralidade de causas e admitindo-se uma explicação de caráter probabilístico para o juízo de imputação, antes de mais nada imputar um evento ao agente significa dizer que o seu comportamento provavelmente é uma condição necessária (contingentemente). Mais que isso, que esse resultado não é devido à intervenção de um outro processo causal diverso do comportamento. É o que também nos diz o mesmo Stella, em *La nozione penalmente rilevante di causa*, p. 374:

“Naturalmente, difendere la dottrina della pluralità delle cause non significa escludere la possibilità di una imputazione causale dell'evento; significa piuttosto porre in evidenza quella che è semplicemente una conseguenza del carattere non deduttivo, probabilistico, del giudizio sul nesso causale; imputare causalmente l'evento all'agente significa dire che il comportamento di quest'ultimo probabilmente è una condizione necessaria, e che probabilmente non sono in concreto intervenuti processi causali diversi da quello considerato.” (g.n.)

É de ser rejeitada, então, a interpretação sugerida por Mantovani (*Diritto penale*, p. 187) pela qual a causa superveniente por si só suficiente a determinar o evento é aquela que faz referência a uma série meramente ocasional,

excluindo o nexo causal quando o evento é devido à superveniência de um *fator excepcional*. Esse critério retorna pela picada (equivocada) aberta pela teoria da causalidade humana imiscuindo no conceito (que se reclama objetivo) da imputação causal um problema típico da culpabilidade, qual seja, a *excepcionalidade*. Não é sem razão a censura de Gaetano Contino (*Corso di diritto penale*, p. 72): “*Che cosa può voler dire, infatti, che un evento è eccezionale o straordinario, se non che esso è tale quando è imprevedibile?*”

A melhor estrada, então, é a sugerida por Giovanni Musotto (*Diritto penale*, p. 113) e Caraccioli (*Manuale*, p. 260), que divisam na previsão legal uma *série causal autônoma*. Esse é, de fato, o melhor entendimento, identificando nas ‘causas supervenientes’ uma *série autônoma*. Também aqui o juízo na reconstrução do processo causal é feito *ex post*. Deve ser o raciocínio assim posto: “*se non è del tutto certo, ma è solo altamente probabile che il fattore autonomo abbia cagionato l'evento, si deve ritenere interrotto il rapporto di causalità tra la condotta umana e l'evento stesso*” (CARACCIOLI *Op. cit.*, p. 261 – g.n.). A *causa superveniente que por si só causou o resultado* (ou seja, uma “*série causal absolutamente autônoma*” – STELLA. *La nozione*, p. 405) no raciocínio lapidar do mesmo autor é aquele “*l'insieme delle condizioni empiriche dalle quali, secondo una regolarità enunciata da una legge universale o statistica, deriva l'evento da spiegare*” (g.n.). A *conduta precedente* não é condição contingentemente necessária do resultado, ou seja, não faz parte da *nova cadeia causal autônoma*.

No caso *emblemático* e crucial do *erro médico* que se sobrevenha à lesão ou ofensa praticada pelo agente, a teoria em exame vem precisamente aplicada. A doutrina pátria costuma excluir a imputação quando o ferido morre no hospital, por força de um incêndio ali, fortuita ou criminosamente ocorrido, assim como na hipótese em que o mesmo ferido morre quando a ambulância que o levava para o nosocômio capota, para o que um novo curso causal sobrevém. Na mesma vala, pela exclusão do nexo causal, quando a enfermeira, já em recuperação o paciente, subministra um tóxico, agindo com negligência ou *inadvertidamente* (JESUS. *Comentários*, p. 275), “*vindo a vítima a falecer em consequência de sua ingestão*”. No caso, a *substância tóxica, por si só, produziu o resultado* (*idem*). Ainda na hipótese de *erro médico*, o sujeito responde pelo evento final (morte, v. g.) porque a “*causa superveniente*” (*imperícia do médico*) *está em posição de homogeneidade com a conduta do agente*” (OLIVEIRA. *Op. Cit.*, p. 207). Se a vítima, recebendo os cuidados devidos, sendo bem sucedida eventual intervenção cirúrgica a qual submeteu-se, e, supondo-se que, por um

desgosto qualquer (v.g., porque as lesões provocaram uma deformação terrificante), havido no curso do tratamento, decide-se pela não-continuação da reabilitação, recusando a ingestão do receituário prescrito (caso da inobservância do tratamento médico reclamado pelo seu estado), ainda assim o resultado seria imputável, segundo a doutrina (OLIVEIRA. Op. Cit., p. 207): “O agente responde pelo resultado (como no exemplo acima), de acordo com o caput do art. 13 do CP, mesmo quando há causa superveniente, atuando homogeneamente com a conduta, em direção ao resultado oriundo da ação inicial do sujeito ativo.”

Mas, “C’è differenza, e quale, fra l’incendio dell’ospedale e l’incidente stradale di cui il ferito rimanga vittima mentre è in corso il suo trasporto verso l’ospedale? E fra questi due casi e l’insorgere di complicazioni medico-chirurgiche, del tutto eccezionali, da un punto de vista statistico?”, interroga sugestivamente Carlo Fiore (*Diritto penale*, p.196). E, pior, por que o erro médico (que pode, inclusive, ter sido um erro de diagnóstico), ao contrário do crasso erro da enfermeira (aplicando uma substância tóxica ao invés do sedativo), não exclui a imputação, segundo essa doutrina?

A *imperícia do médico*, entretanto, utilizando-se a teoria da causalidade científica (assim como a imprudência do motorista da ambulância que transportava o ferido para o hospital), é a causa (*rectius* condição necessária) da morte do paciente. Esse resultado *não pode* ser imputado ao autor das lesões (mesmo que graves!) à consideração de que, guardada a situação concreta (natureza das lesões ocasionadas), a morte ocorreu, segundo a melhor ciência e experiência, devido a uma *conduta ilícita de outrem* (médico cirurgião), sendo altamente provável, segundo as *leges artis* que uma intervenção cirúrgica pronta e expedita arrêste a possibilidade de morte. Não se pode partir, *a priori*, do raciocínio, empiricamente não comprovado, de que exista uma *sucessão regular* de erros médicos e as intervenções cirúrgicas operadas. A função das *leges artis* (no caso a ciência médica) é fornecer conhecimentos a fim de que os seus destinatários (corpo cirúrgico) a manuseiem com sucesso.

Não existe (muito pelo contrário) uma *regularidade de sucessão de condutas imperitas* que possibilitem a formulação de um juízo sequer probabilístico entre a intervenção médica e uma imperícia do seu autor. Ao contrário, o sucesso e pleno atendimento das *leges artis* pelo cirurgião é que nos permitem formar um juízo de probabilidade para o êxito da intervenção médica, de modo que a conduta do autor das lesões *não é, com elevadíssimo grau de probabilidade*, condição do resultado (morte). Entre aquela conduta (lesões) e aquele tipo de resultado (morte) ocorreu um *fato ilícito de outrem*, presente, assim, uma ‘*série causal autônoma*’.

"Così quando A ferisce B che muore all'ospedale per incendio, fulmine, valanga, errore medico, atto di un pazzo, infezione tetanica, embolia, o lungo il tragitto per incidente stradale o crollo di un ponte lesionato. Come pure nei casi di morte per infarto della persona scippata o del passante ai cui piedi precipita un voluminoso oggetto gettato da un balcone; o di morte per fulmine della persona inviata nel bosco all'avvicinarsi del temporale; trattandosi in tutti i suddetti casi di sopravvenienze la cui frequenza si avvicina allo zero. Lo stesso vale anche nel caso di condotta già in sé idonea a produrre l'evento, come nel caso di ferita atta a produrre la morte se non curata (ex.: ferita addominale con lesione lieve ad ansa intestinale."
(MANTOVANI. *Diritto penale*, p. 184)

É evidente que, guardando a situação concreta *hic et nunc* (afastada a superveniência de erro médico), se a ferida foi produzida em local onde um socorro médico fosse impossível (distância, situação geográfica, inexistência de meio de transporte etc.), deverá ser imputado o resultado morte. *Diversamente* se a ferida foi produzida em local respeito ao qual era verossímil uma intervenção adequada, porém a morte deveu-se a erro de diagnóstico ou terapêutico (MANTOVANI. *Op. cit.*), caso em que, sempre segundo o critério anunciado, houve a superveniência de uma série causal autônoma. Decide-se, também, segundo os critérios acima enunciados, pela não-imputação do resultado mais lesivo (morte, v. g.) quando este seja proveniente de efeitos anestésicos ou embolia pulmonar (Mantovani. *Op. cit.*, p. 177).

Note-se que pretende Damásio de Jesus, em *Imputação objetiva*, para o Direito nacional, a adoção da teoria da imputação objetiva *excluindo-a*, segundo os parâmetros lá preconizados, nos casos de a) erro médico (p. 140, salvo na hipótese em que, sendo grave a lesão corporal inicial, haja a conduta culposa do expert, levando-o a responder, também, pelo evento); b) parada cardiorrespiratória durante cirurgia reparadora (*Op. cit.*, p. 142); c) infecção hospitalar (p. 138\139); outrossim, imputando-a no caso de: a) atropelamento e morte por broncopneumonia que "é corriqueira em pessoas idosas que vêem-se obrigadas à imobilização e permanência, por tempo prolongado, em decúbito dorsal" (p. 140, TACrim-SP, RT 412\290); b) em caso de traumatismo craniano, internação em hospital e morte em decorrência de meningite (p. 141).

Como, porém, a doutrina da imputação objetiva não fornece critérios seguros e unívocos (sendo, com razão, como se verá no parágrafo abaixo, uma das críticas mais fundas que lhe é endereçada), para a hipótese específica de *infecção hospitalar*, não se pode dizer que a produção de uma ferida grave não seja acrescida pelo risco de infecções bem como um evento letal, caso em que o resultado mais grave (morte) não deveria ser excluído. Assim, Mario Romano (*Commentario*, p. 378), para quem, havendo *infecção da ferida*, há imputação do evento morte, "*perchè si realizza in tal caso uno dei rischi propri delle lesioni personali*".

A doutrina alemã, movendo-se à sombra da inexistência de expresso dispositivo legal sobre o nexo causal, elaborou a teoria da imputação objetiva que gravita entorno dos critérios (*não estritamente causais*, cf.: FIANDACA-MUSCO. *Diritto penale*, p. 214) da *criação do risco* e do *escopo da norma violada*. Outrossim, segundo o recente posicionamento de Damásio de Jesus (*Imputação objetiva*, p. 34), "*o comportamento e o resultado normativo (jurídico) só podem ser atribuídos ao sujeito quando: 1º) a conduta criou ao bem (jurídico) um risco juridicamente desaprovado e relevante; 2º) o perigo realizou-se no resultado. O evento é considerado no sentido normativo ou jurídico e não naturalístico; 3º) o alcance (âmbito) do tipo incriminador abrange o gênero de resultado produzido*". Adota, assim, os parâmetros da realização do perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo; o incremento do risco e o fim de proteção da norma. De modo que, voltado para a doutrina da imputação objetiva (*Objektive Zurechnung*), os exemplos extraídos de suas obras anteriores devem ser postos sob a ótica de seu novo posicionamento, servindo, porém, para o presente estudo, como dados históricos.

Não se imputa o resultado nas hipóteses de "*diminuição do risco (para o bem jurídico), ausência de um risco juridicamente desaprovado, resultado fora do âmbito de proteção da norma, e comportamento alternativo conforme o direito, em sede de delito culposos*" (cf.: Jescheck e Wessels, in PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 167).

Não adotando formulações tão rigorosas e convincentes capazes de assinalar-lhe uma conceituação indiscutível quanto aos critérios do acerto do nexo causal (FIANDACA-MUSCO. *Diritto penale*, p. 215), fornecendo soluções contraditórias e dúplices para idênticas hipóteses, ora pela exclusão ora pela imputação do resultado, e, antes mesmo que venha a consumir-se num processo autofágico, a sua transfusão para o Direito pátrio, torna-se, tal qual para o Direito italiano, no qual não penetrou, *difícil, desnecessária e inoportuna*.

Tal teoria constitui-se “num desenvolvimento atualizado da teoria da *causalidade adequada*, tomando-lhe, com diversa formulação conceitual, os argumentos de fundo” (cf.: FIANDACA-MUSCO. *Op.cit.*, p. 214), avizinhandosse, igualmente, da teoria da *causalidade humana* (RAMACCI. *Op. cit.*, p. 59), causando perplexidade e dúvidas, a nosso ver invencíveis, quando se utiliza dos critérios do *incremento do risco* e do *escopo da norma violada*, ambos com significados não unívocos.

Nos exemplos do sujeito que encontra a vítima mortalmente envenenada e lhe ministra água, *antecipando-lhe a morte* (assim, JESUS. *Direito penal*, p. 249), ou do aidético que mantém relações sexuais com a vítima, *mantendo silêncio* (DAMÁSIO. *Imputação objetiva*, p. 117), quando, certamente, a imputação objetiva basear-se-ia no critério do *incremento do risco* o acerto desse mesmo nexos estaria a depender, antes da aplicação da teoria, de um *conhecimento prévio* de que as condutas (subministração de água ao sujeito envenenado e contato sexual com pessoa já infectada pelo vírus da Aids) *incrementam* o risco de lesão. Sem o prévio conhecimento de uma lei científica que fundamente a probabilidade de uma lesão conforme ao escopo da norma, a imputação objetiva cai no vazio.

Valendo-se de um critério normativo e valorativo (JESUS. *Imputação objetiva*, p. 34), a teoria não pode ser aplicada quando já não se saiba, com o auxílio de uma lei de cobertura, que um determinado comportamento *incrementa* (torna mais provável) a ocorrência do risco proibido. A crítica movida, então, à teoria condicionalística lhe é inteiramente aplicável.

Durante a Segunda Grande Guerra Mundial (*zweite Weltkrieg*), a loucura nazista fez funcionar, nos campos de concentração, como noticiou a história, um experimento mortífero, para o abate de judeus: colocados num compartimento fechado de um automóvel, com boa música, eram ali trancafiados, às dezenas, após o que o motor ligado. Sucede que o escape encontrava-se voltado, justamente, para dentro do baú. Ninguém sobreviveu àquela sanha. A mistura de CO₂, produto da combustão, asfixiava a todos. Se o experimento fosse posto em prática, hoje, não tardaria a teoria da imputação objetiva em atribuí-lo a quem o acionou, porque a conduta estaria enquadrada dentro do esquema do *risco proibido* ou do *incremento* desse mesmo *risco*. Sem o auxílio, entretanto, da combinação de uma *lei química e biológica*, para as quais a exposição de uma pessoa a um ambiente impregnado com aquele gás torna altamente provável (*senão certa!*) a sua morte (por envenenamento das vias respiratórias), não seria sequer cogitável uma imputação normativa (como

pretende a doutrina) do resultado, a não ser que essa cobertura fosse *tacitamente* admitida (o que não está nos fundamentos da imputação objetiva, ao que nos parece).

Bastante *duvidoso* é o critério do *escopo da norma*, insusceptível de fornecer soluções harmônicas. Damásio de Jesus (*Imputação*, p. 100) cita o caso em que uma criança, viajando num ônibus escolar, colocando a cabeça para fora do veículo, foi atingida pela coluna de um poste, tendo sido apurado que o motorista não guardou a distância regulamentar em relação ao meio-fio de uma rua, conforme determina o Código de Trânsito Brasileiro. Para a *exclusão da imputação do resultado* (morte) valeu-se do critério do *escopo da norma*, com o seguinte raciocínio: “*Segundo cremos, o CT determina a distância do veículo em relação à guia da sarjeta para evitar danos físicos a pedestres que transitam ou se utilizem da calçada e não para impedir a morte de crianças que, brincando de ‘pôr a cabeça fora’ do coletivo, venham a ser atingidas por colunas de iluminação. A morte da criança era imprevisível.*” (g.n.)

É de se ponderar, entretanto, que o trânsito em condições seguras (escopo da norma contida no art. 29, II, CTB) é um *direito de todos* (art. 1º, § 2º, CTB), *abrangendo*, assim, também eventuais *passageiros* de qualquer veículo que não ficam de fora do âmbito de proteção do mesmo art. 29, II CTB, utilizado, a nosso ver, de forma equivocada pelo autor citado para a exclusão da imputação. Outrossim, não é de excluir-se, *a priori*, seja altamente provável uma criança qualquer tomar uma conduta como aquela, para o que a norma violada (art. 29, II, CTB), *ad cautelam*, recomenda seja preservada uma *distância de segurança adequada*.

Ademais, o manuseio, no âmbito da imputação que se pretende objetiva, de conceitos (excepcionalidade, imprevisibilidade) típicos da culpabilidade parece desautorizar a argumentação, tal como para a doutrina da *conditio*, que pecava por pretender aplicar-se utilizando-se de critérios (dolo e culpa) residentes *fora* do nexo causal. Assim é que, para o mesmo Damásio, “*Na hipótese do poste, a conduta da vítima, colocando a cabeça fora do veículo, foi excepcional e, por isso, imprevisível, excluindo a imputação objetiva*” (p. 101), fazendo por justificar uma grave crítica endereçada por Marinucci (*Riv. it. dir. proc. pen. Apud ROMANO. Commentario*, p. 339) em constituir-se num *inútil duplicado* do nexo entre *culpa e evento*.

O *nexo causal* deveria vir *excluído*, então: a) por *ausência de um risco objetivamente reprovado*, no caso em que Tício induza Caio a fazer uma viagem de avião, na esperança de um incidente grave, o que pontualmente se verifica,

provocando a morte de Caio. É suficiente, entretanto, a aplicação do art. 13, § 1º, do Código Penal brasileiro. Tício estaria a jactar-se. Não seria um homicida; b) por *inexistência de correspondência entre o risco criado e o resultado*, como no caso do incêndio do hospital (hipótese resolvida também pelo art. 13, § 1º, CP brasileiro; c) no caso de *equivalência do risco (ação alternativa lícita)*, para a conduta do médico que provoca a morte do paciente injetando-lhe cocaína ao invés de novocaína, ficando acertado, por prova pericial, que, sendo o paciente alérgico também à novocaína, seguramente seria morto se esta substância lhe fosse injetada. *Nesse caso*, objeta-se que a *causalidade subsiste* (o paciente morreu), podendo inexistir, entretanto, a culpa; d) no caso de *diminuição do risco*, em que o sujeito, para salvar um terceiro de uma agressão a facada, empurra-o, provocando-lhe lesões, para o que o Direito Penal brasileiro fornece solução a ser encontrada no instituto da legítima defesa (de terceiro) ou do estado de necessidade. *Nesse sentido*, refutando a conveniência de aplicação da teoria para o Direito Penal italiano: Ferrando Mantovani (Op. cit., p. 183, nota 23) e Tullio Padovani (*Diritto penale*, p. 165\166).

O curioso “*caso do leão de circo foragido*”, citado por Damásio de Jesus (*Imputação objetiva*, p. 137\8), em que a mãe, com intenção de matar o filho, lança-o do alto de um viaduto, porém, o menino, caindo entre arbustos, sobrevive, mas vem a ser devorado por um leão foragido de um circo, dando por excluída a imputação porque “*não é normal que esses animais vaguem devorando criancinhas pelas cidades*”, o critério da *conditio* orientado segundo o modelo da causalidade da ciência e experiência fornece solução suficiente, haja vista que, realmente, a *probabilidade* de um evento sinistro como este *avizinha-se a zero*! Exclui-se, portanto, a imputação.

Não se deve, entretanto, excluir a imputação, como aconselha Damásio de Jesus (*Imputação objetiva*, p. 89\91), induzindo soluções de notável benevolência, quando, no caso da vítima que, fugindo de perseguição empreendida por dois agentes, acaba por ser atropelada e morta. No evento concreto (*hic et nunc*), uma jovem de 16 anos, já embriagada, foi convidada por dois rapazes a acompanhá-los, dentro do automóvel, em direção a um motel. A moça, querendo desvencilhar-se, saltou do veículo, tendo-a perseguido os moços, quando foi atropelada por um caminhão. A imputação era, como o foi, embora a outros fundamentos, de ser reconhecida (o *título da imputação* se encontrava, *a posteriori*, reconhecido para a existência de homicídio com *dolo eventual*). A conduta que a nosso ver deveria vir em consideração era a que ia da perseguição até o sinistro automobilístico. Não pode ser razoavelmente negado que uma

pessoa embriagada, na iminência de sofrer violências (que poderiam não ser necessariamente sexuais!), à beira de uma rodovia de altíssimo trânsito, à noite, em desespero, empreenderia fuga, com alta probabilidade de dirigir-se, espantada, para o leito da rodovia, onde, fatalmente (*muito provavelmente*) seria mortalmente colhida por um veículo. Esse caso assemelha-se ao mencionado por Fiandaca-Musco (*Diritto penale*, p. 196), em que S golpeia com o punho Z e o deixa cair sobre a estrada; Z (ferido) morre pelo atropelamento de um automóvel que o investe. Entre a ação de ferir um sujeito provocando-lhe a queda sobre a estrada e o verificar-se de um investimento automotivo existe uma probabilidade realmente grande. A ação dos dois jovens, então, no caso da perseguição, e isso não pode ser negado, aumentou o risco da verificação do atropelamento (a se adotar a teoria da imputação objetiva), *concorrendo* os requisitos para a imputação.

Nos crimes omissivos (*causalmente orientados, rectius, comissivos por omissão*), a imputação formula-se com o seguinte critério: *a omissão é equiparada à ação quando, segundo a melhor ciência e experiência do momento histórico (isto é segundo o método científico), a ação omitida teria impedido o resultado, com certeza ou com alto grau de probabilidade.*

A *conduta omissiva* não possui eficácia causal porque, naturalisticamente um *non facere* não pode produzir nada (*ex nihilo nihil fit*), dispondo a lei sobre a *relevância penal da omissão* ou *equiparação* desta ao agir. O resultado é imputado não porque o agente o causou com a omissão, mas porque não o impediu. Daí por que, com relação à omissão, a causalidade é *normativa* (cf.: VIDAL. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p.126). O evento verificado somente pode ser, *naturalisticamente*, atribuído às forças da natureza, a uma série causal *in itinere* e que não foram interrompidas ou desviadas pelo homem (MANTOVANI. *Op.cit.*, p. 190). A morte do doente terminal, v. g., foi produzida pelo processo patológico (vírus, bactérias, micróbios etc.), e não pela omissão do médico.

O que cuida a lei, então, é de *equiparar* o não impedir o evento ao havê-lo causado. Trata-se de um *juízo hipotético* (para o qual se aplica, como dito no parágrafo acima, a causalidade científica) sobre um evento que não se teria verificado se a ação impeditiva fosse atuada. Trata-se, então, de um problema de conhecimento. É causal (equiparada ao agir) a ação omitida na medida em que a ciência tenha formulado regras como a de que certas séries causais (inoculação de vírus, bactérias, subministração de fármacos) seguem certos efeitos numa sucessão de regularidade; e, por outro lado, pressupõe que essa mesma

ciência haja individuado séries causais (anticorpos, v. g.) capazes de interromper ou desviar a série inicial em trâmite.

Nas hipóteses de *tratamento terapêutico*, essas observações mostram-se logo perceptíveis, porquanto, sob uma explicação nomológico-probabilística, se fosse hipotizada (intervenção terapêutica), impediria a verificação do evento. Quando a vítima, assim, recusa-se ao tratamento recomendado, sendo altamente provável que a sua submissão ao mesmo impediria o evento, não pode este (morte, v. g.) ser imputado ao autor das lesões, já que a omissão da vítima foi (é) equiparada à causa do resultado mais grave.

É sugestiva a lembrança feita por Mantovani (*Op. cit.*, p. 191) da possibilidade futura de previsão *pontual* do tempo e local em que ocorrerá um brusco terremoto, consistindo ela (domínio da ciência com previsão do cataclismo) em condição negativa da morte dos moradores, se as diligências, a cargo dessas autoridades, v.g., esvaziamento da área, não forem tomadas.

O juízo (normativo) de imputação, segundo o critério da *melhor ciência e experiência do momento histórico*, é, como nos delitos comissivos materiais, acertado *ex post*: a omissão da prescrição de injeção antitetânica por parte do médico é condição necessária da morte por tétano do paciente porquanto, sob o critério de uma *lei biológica*, é possível afirmar-se que a soroterapia, em certas doses, tornaria inativa a infecção tetânica (MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 191). Pela mesma forma (juízo controfactual com auxílio de uma lei de cobertura científica) fica *excluído o nexo causal* quando uma pessoa ferida no trânsito recebe *tratamento hospitalar insatisfatório e deficiente*, vindo a falecer, já que é altamente provável que, sendo o socorro pronto e expedito o resultado não sobreviveria (não sendo de exigir-se do autor das lesões o domínio de todas as circunstâncias posteriores, que, inclusive, podem ter sido ocasionais, v.g., falta de pessoal suficiente, ausência de médico plantonista, pane no sistema de geração de energia que haja retardado em demasia a necessária intervenção médico-cirúrgica que, muito provavelmente, salvaria a vida do paciente). No caso do *tratamento hospitalar insatisfatório*, pela exclusão da imputação, manifesta-se Damásio de Jesus (*Imputação objetiva*, p. 92\93).

Podendo depender o conhecimento da melhor ciência e experiência de *conhecimentos particulares do agente*, vai resolvida a hipótese dada por Damásio (*Op. cit.*, p. 63), quanto ao líquido cáustico. Lançado no rosto da vítima a mencionada substância química, sabedora aquela dos seus efeitos (porque era médica, v.g.), e, conhecendo as providências de salvamento (neutralização do efeito do veneno mediante ácido acetilsalicílico), omitindo em fazê-lo, impede a

imputação do resultado (lesões gravíssimas, v.g.) a quem lançou o líquido. Sendo altamente provável que as providências salvadoras (série causal impeditiva de natureza biológica ou química) arrestariam o resultado mais grave, à própria vítima (que dominava a melhor ciência e experiência) deve ser imputado aquele.

É possível, também, cogitar-se da superveniência de *séries causais autônomas* nos crimes comissivos por omissão, sem recurso às confabulações da imputação objetiva. No caso do salva-vidas indolente (JESUS. *Imputação*, p. 86), que cochila na hora do trabalho, deixando de socorrer uma pessoa que está se afogando na praia e ali se lança um terceiro (um passante) para salvar o moribundo, sucedendo que o socorredor venha a falecer: a conduta desse último (do precipitado socorredor) é uma condição necessária do evento (morte), não sendo a omissão do garante *conditio sine qua non* daquela série absolutamente autônoma, segundo a melhor ciência e experiência.

Do mesmo modo resolve-se o caso em que o filho, debilitado pela falta de amamentação da mãe, vem a ser socorrido por terceiros (membros do conselho tutelar, v.g.) sendo levado ao hospital e, no trajeto, morrer devido a um acidente automobilístico ou pelo incêndio no setor de pediatria, quicá quando já recuperado e prestes a receber alta médica. A morte havida no curso do transporte (acidente automobilístico) não é, sequer provavelmente, resultado da morte que, por inanição, fatalmente (mais dia menos dia) ocorreria.

Na doutrina nacional é comum a consideração de que a ação a ser tomada pelo garante teria que, com probabilidade próxima à certeza, impedir o resultado. “*Nos delitos omissivos, ao revés, deve-se indagar se, acrescentando-se a ação devida ao garante, o resultado, em concreto, teria deixado de ocorrer, com probabilidade próxima à certeza. Se a resposta for afirmativa, conclui-se que o resultado deve ser objetivamente imputado ao omitente, que a omissão é condição do resultado, condição negativa, causa lógica, jurídica, portanto*” (BIERRENBACH. *Crimes omissivos impróprios* - uma análise à luz do código penal brasileiro, p. 101). Não é verdade, entretanto. Sendo o juízo de imputação fundado em uma *estrutura probabilística*, não haveria razão para exigir-se quanto aos crimes omissivos uma probabilidade próxima à certeza, diferentemente dos crimes comissivos. Um *alto grau de credibilidade* com base, inclusive, num *critério estatístico-probabilístico* atende inteiramente ao acerto da causalidade omissiva: “*per il diritto penale, è causale anche la spiegazione basata su leggi statistiche*” (STELLA. *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, p. 315).

Referências Bibliográficas

AMERICANO, Odin I. do Brasil. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. v.1.

ANTOLISEI, Francesco. *Il rapporto de causalità nel diritto penale*. Torino: G. Giappichelli, 1960.

_____. La disputa sull'evento. *Riv. it. dir. pen.*, 1938.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOSCARELLI, Marco. *Compendio di diritto penale: parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1994.

CARACCIOLI, Ivo. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Padova: Cedam, 1998.

CARNAP, Rudolf. *Philosophical foundations of physics*. [s.l.]: [Basic Books], 1966. Tradução Italiana: *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971.

CONTENTO, Gaetano. *Corso di diritto penale*. [Bari]: Laterza, 1996. v.2.

ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen : [s.n.], 1931.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. Bologna: Zanichelli, 1995.

IORE, Carlo. *Diritto penale: parte generale*. Torino: UTET, 1993. v.1.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Comentários ao código penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1986.

JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

- LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Padova: Cedam, 1992.
- MARINI, Giuliano. *Lineamenti del sistema penale*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- MARINUCCI, Giorgio. Non c'è dolo senza colpa morte della 'imputazione oggettiva dell'evento' e transfigurazione nella colpevolezza? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 34, n. 1, p. 3-39, gen./mar. 1991.
- MARSICO, Alfredo de. *Diritto penale: parte generale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1969.
- MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MUSOTTO, Giovanni. *Diritto penale: parte generale*. [Palermo]: Palumbo, 1981.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Contravenções penais controvertidas*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 1993.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao código penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996.
- PENA, Sérgio D. J. *Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado da arte no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. Torino: G. Giappichelli, 1993. v.2.

RANIERI, Silvio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Padova: Cedam, 1968.

ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del codice penale*. Milano: Giuffrè, 1995. v.1.

STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2000.

TRAEGER. *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*. Marburg: [s.n.], 1904.

VANNINI, Otorrino. *Il problema della causalità*. Milano: [s.n.], 1952.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. 1.

VIDAL, Hêlvio Simões. Crimes omissivos e dolo eventual. *Revista Jurídica do Ministério Público*. v. 1, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO ESPECIAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

ALBERTO VILAS BOAS

Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Hipótese de cabimento. recurso extraordinário e recurso especial – 2.1 Recurso extraordinário – 2.2 Recurso especial – 2.3 Conceito de “causa” – 3 Noções comuns aos recursos extraordinário e especial – 3.1 A definitividade da decisão recorrida – 3.2 Impossibilidade de revisão de matéria fática. Súmula 7, STJ. Súmula 279, STF – 3.3 Prequestionamento. Súmulas 282 e 356, STF – 3.4 Ofensa reflexa a norma constitucional – 3.5 Deficiência da fundamentação. Súmula 284, STF – 3.6 Regra da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade – 3.7 Súmula 238, STF. Fundamento inatcado – 3.8 Recurso extraordinário e decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – 3.9 Juízo de admissibilidade – 3.10 Recurso excepcional. Efeito suspensivo – 3.11 Juízo de admissibilidade negativo. Agravo de instrumento – 4 Conclusão

1 Introdução

Objetivando criar instrumentos eficazes para a tutela do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, o legislador constituinte, à semelhança das constituições revogadas, fez inserir na competência de determinados órgãos jurisdicionais a função de apreciar o recurso especial e o recurso extraordinário.

Por conseguinte, conservou-se no Supremo Tribunal Federal, a competência para o julgamento do recurso extraordinário, cabendo-lhe, definitivamente, a função de oferecer a interpretação mais justa e adequada do texto constitucional (CF, art. 102, III, “a” a “c”).

Outrossim, com a criação e instalação do Superior Tribunal de Justiça, transferiu-se-lhe o contencioso de cunho infraconstitucional, permitindo-se que órgão jurisdicional isolado e que compõe a estrutura do Poder Judiciário pátrio possa fornecer a exegese correta das regras de direito federal (CF, art. 105, III, “a”, a “c”).

Cumpre, portanto, nos limites estreitos desse trabalho, expor algumas considerações sobre os recursos constitucionais em relevo, aclarando aspectos de maior interesse sobre a sistemática processual a ser observada quando do manejo das citadas irresignações.

2 Hipótese de cabimento. Recurso extraordinário e recurso especial

2.1 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário encontra as suas hipóteses de cabimento definidas no art. 102, III, CF, que, na essência, englobam a idéia central de contrariedade a preceito constitucional, pois, será frente ao decidido pelo tribunal local que o Supremo Tribunal Federal concretizará sua missão de defender e de unificar o entendimento sobre os termos da Carta Magna.

De início, válido ponderar sobre o conceito de *contrariedade*, de vez que o apelo deverá contemplar, de forma objetiva e juridicamente hábil, em que ponto o aresto local desviou-se da exegese mais acertada do complexo normativo constitucional.

Por oportuno, imprescindível recordar a lição do *Prof. Nélson Nery Júnior*, pois, a noção de contrariedade não se limita a uma mera ofensa ao texto escrito, haja vista que contrariar *"é dispor diferentemente sobre o espírito da Constituição. Quando se diz "contrariar dispositivo da Constituição Federal", o termo dispositivo não se tome aqui por literal expressão da Constituição e "contrariar" não se tome como deixar de aplicar estritamente a letra da Constituição Federal"*.

Há que se entender o preceito indicado como propiciador do recurso extraordinário (CF, art. 102, III, "a") quando a decisão recorrida contrariar o *"... espírito da Constituição, a sua finalidade"* (autor e artigo citados, p. 304).

Cabível, ainda, o recurso extraordinário quando a decisão local declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal aplicável ao caso concreto (CF, art. 102, III, "b"), sendo necessário observar a regra da reserva de plenário para o reconhecimento, mediante controle difuso de constitucionalidade, da apontada incompatibilidade (CF, art. 97).

Nessa hipótese, a Corte Suprema exige que a parte interessada proceda a transcrição ou a juntada do acórdão no qual reconheceu-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do tratado ou da lei federal pertinente à espécie dos autos, sob pena de o recurso não ser conhecido.

Assim, no julgamento do Rext nº 142.871-6-SP (AgRg), a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que *"em processos cujo julgamento caiba a órgãos parciais do Tribunal, suscitada a arguição de inconstitucionalidade de norma incidente, dá-se a repartição de competência por objeto do julgo, devolvendo-se ao Plenário a decisão da questão prejudicial"*

de constitucionalidade. Desse modo, é no acórdão plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito à arguição de inconstitucionalidade, sendo indiferente o que a propósito do mérito dela, contra ou a favor, se diga no acórdão da Turma" (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 5.6.92, p. 8.432).

Em sentido análogo, o julgado proferido no Rext n° 142.328-5-SP (AgRg), asseverando-se que «a admissibilidade no Tribunal a quo e o seguimento no Supremo Tribunal Federal de recurso extraordinário que veicule inconformismo contra declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe o conhecimento das razões da declaração da pecha pela Corte de origem. Tratando-se de acórdão prolatado por órgão fracionado, indispensável é que contenha a transcrição do que decidido pelo Plenário ou órgão especial, únicos competentes para o exame e a decisão da matéria - artigo 97 da Lei Básica Federal. A deficiência em tal campo não é suprida pela transcrição ou juntada, ao acórdão impugnado, de voto relativo a pedido de vista formulado quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade. Os fundamentos respectivos não são coincidentes, necessariamente, com aqueles que conduziram à declaração do conflito do ato normativo com a Carta Federal» (Rel. Min. Marco Aurélio, 2a. Turma, DJU de 19.6.92, p. 9.523; idem, Agravo de Instrumento n° 164.531-9-CE (AgRg), Min. Marco Aurélio, 2a. Turma, DJU de 25.3.94, p. 6.005).

A alínea "c" do art. 102, III, CF, alude ao cabimento do recurso extraordinário quando for julgada válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, desejando o legislador constituinte explicitar a hipótese em que privilegia-se a legislação pertinente ao ente estatal estadual ou municipal em detrimento do complexo de normas constitucionais sobre determinado tema.

Por fim, cumpre relembrar que o recurso extraordinário não é processualmente adequado para a discussão de questão jurídica de natureza infraconstitucional, posto que a separação dos temas jurídicos afetos a cada espécie recursal realizada pela Constituição Federal fez que com o Supremo Tribunal Federal somente se ocupasse do contencioso constitucional. Logo, é inequívoco que o recurso extraordinário não pode ser tratado como instrumento juridicamente hábil à discussão de direito federal, sob pena de ocorrer usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Superior Tribunal de Justiça.

Apreciando o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 155.684-7-SP, acentuou a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal que "o recurso extraordinário e o recurso especial são institutos de direito processual

constitucional. Essas duas modalidades extraordinárias de impugnação recursal possuem domínios temáticos próprios, que lhes foram constitucionalmente reservados. Ao recurso extraordinário reservou-se, em sua precípua função jurídico-processual, a defesa objetiva da norma constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, a guarda e a proteção da intangibilidade da ordem jurídica formalmente plasmada na Constituição da República. O recurso especial está vocacionado, no campo de sua específica atuação temática, à tutela do direito objetivo infraconstitucional da União. A sua apreciação jurisdicional compete ao Superior Tribunal de Justiça, que detém, ope constitutionis, a qualidade de guardião do direito federal comum. O legislador constituinte, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe, dentre outras eminentes funções de índole jurisdicional, a prerrogativa de uniformizar a interpretação das leis e normas infraconstitucionais emanadas da União Federal (CF, art. 105, III, c). Refoge, assim, ao domínio temático do recurso especial o dissídio pretoriano que, instaurado entre Tribunais diversos, tenha por fundamento questões de direito constitucional positivo” (Min. Celso de Mello, 1a. Turma, DJU de 29.4.94, p. 9.722).

2.2 Recurso especial

O art. 105, III, CF, articula as situações jurídicas que geram a possibilidade de manejo do recurso especial, sendo certo que a negativa de vigência de lei federal, a recusa de aplicação de lei federal em face da legislação local e a divergência entre tribunais, propiciam a intervenção do Superior Tribunal de Justiça visando obter a unificação interpretativa do ordenamento infraconstitucional.

De início, permite o legislador constituinte que, em caso de *negativa de vigência de lei federal*, a parte interessada busque a reforma de decisão local, devendo-se entender existir a ofensa ao ordenamento jurídico tanto na hipótese na qual o acórdão recorrido recusa-se a aplicar a norma jurídica indicada como correta face ao caso concreto, quanto naqueles casos em que determina a utilização de preceito inaplicável ao fundamento fático esboçado nos autos.

Observe-se que a negativa de vigência equivaleria ao fato de o tribunal não empregar a lei ao caso concreto quando é notória a aplicabilidade de determinado dispositivo à hipótese debatida nos autos.

Acerca do tema, asseverou o Prof. Nélson Nery Júnior que negar vigência significa “declinar-se de aplicar a lei. Isto é negar vigência. E não se aplicar a lei de um modo correto também é negar vigência a lei federal”.

Em igual sentido, é a manifestação do Prof. Roque Carrazza quanto ao tema, pois, *"nega vigência o acórdão que aplica tratado ou lei federal incabível na espécie (no lugar de tratado ou lei federal cabível) e nega vigência o acórdão que dá interpretação manifestamente irrazoável ao tratado ou à lei federal aplicada"* (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, Cadernos de Direito Constituição e Ciência Política, editora Revista dos Tribunais, v. 2:104).

Em suma, o legislador constituinte não mais exige que haja uma negativa literal de vigência da lei federal ou do tratado, bastando que se efetue juízo de valor jurídico inadequado à situação fática ou processual dos autos para que seja, em tese, cogitável a existência de lesão a preceito infraconstitucional.

A expressão *"lei federal"*, por seu turno, engloba as manifestações que versem sobre matérias da competência legislativa dos entes federais, bem como os decretos e regulamentos e as regras oriundas do direito estrangeiro e que são incorporadas no ordenamento jurídico pátrio.

Consoante averba o Prof. Rodolfo Mancuso, não se consideram lei federal o *"regimento interno de tribunal (Súmula 399, STF); o ato normativo (RTJ 71/721); a portaria ministerial (RTJ 68/402; RDP 30/123); a resolução de autarquia (RT 561/259); o provimento da OAB (RTJ 106/596); a lei destinada exclusivamente ao Distrito Federal"* (Recurso Extraordinário e Recurso Especial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 106/107).

No que pertine à alínea "b" do art. 105, III, CF, o legislador constituinte prescreve ser cabível o apelo especial quando privilegiar-se a lei local (estadual ou municipal) em face da federal.

Esta hipótese recursal seria própria do recurso extraordinário, de vez que ao dar como cabível a aplicação do ordenamento jurídico estadual ou municipal em face de uma regra de direito federal, na realidade estar-se-ia discutindo a competência constitucional dos entes políticos para legislar sobre determinado tema.

Enfrentando a questão, doutrina o Prof. Rodolfo Mancuso que *"como dito as hipóteses sob alíneas b, do art. 105, III (recurso especial) e c do art. 102, III (recurso extraordinário), podem e devem ser tratadas conjuntamente, porque nelas o núcleo é comum: a decisão recorrida privilegiou a lei ou ato local; a diferença específica, que irá determinar se ela desafiará recurso especial ou extraordinário, está no contraste que o julgador tenha feito: se foi uma lei federal que restou afastada, o caso será de recurso especial; se o contraste resultou em desfavor de permissivo constitucional, o caso será de extraordinário"* (op. cit., p. 117).

Na essência, observa-se que o art. 105, III, "b", CF, abrange hipótese

na qual é nítido o contencioso constitucional, de vez que a prevalência da lei local em face da normação federal traduz, inequivocamente, a implícita inconstitucionalidade por força da invasão de competência de um ente político sobre o outro.

Não obstante, a Suprema Corte, ao apreciar a Questão de Ordem no RE 117.809-4-PR, asseverou, por intermédio do Min. Sepúlveda Pertence que *"ao recurso especial, assim coerentemente com sua destinação, o que tocará é a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira mas apenas a compatibilidade ou não com ela, a lei federal, da norma estadual ou municipal"* (apud, Rodolfo Mancuso, cit., p. 119).

Por último, resta a *divergência jurisprudencial* entre tribunais estaduais e federais acerca da interpretação de norma federal, sendo certo que, na essência, o motivo gerador do recurso especial é a comprovação da existência de negativa de vigência de determinado dispositivo legal.

Importa considerar, para efeito de dar o recurso especial como cabível, que o recorrente atente para o disposto no art. 541, Código de Processo Civil, de vez que o legislador exige a efetiva demonstração do dissídio pretoriano mediante a indicação analítica deste.

Em outras palavras, não basta que a parte aponte a divergência mediante a indicação dos julgados ou das ementas, posto ser necessário que seja realizado o cotejo entre os tópicos do acórdão recorrido que se encontram em claro dissenso com o acórdão paradigma.

Ainda assim, é preciso que, ao lado da demonstração da existência da divergência, venham articuladas as razões jurídicas que justificam dar prevalência ao conteúdo do acórdão paradigma face ao aresto recorrido, sob pena de o apelo não ser processado.

Note-se que a mera citação de ementa do acórdão tido como divergente não satisfaz a exigência legal, pois, *"na indicação da divergência, cabe ao recorrente obedecer ao texto regimental, indicando-a "com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". Não cumprida a recomendação regimental, o recurso se apresenta deficiente, justificando-se, então, a aplicação do princípio inscrito na Súmula 284, STF"* (STJ, Resp nº 16.217-SP, 3a. Turma, rel. Min. Nilson Naves, DJU de 11.5.92, p. 6.432).

Em idêntico sentido, o julgamento contido no Resp nº 28.171-RS, vez que o *«Recurso Especial baseado em divergência jurisprudencial não pode ser admitido com o simples transcrever de ementas e de onde não se extrai, extreme*

de dúvida, que os casos confrontados se identificam ou se assemelham» (5a. Turma, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU de 16.8.93, p. 15.991), reiterando o Superior Tribunal de Justiça esta postura ao apreciar o *Resp* nº 13.942-0-SP, ocasião na qual ponderou-se que *«é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses. Para tanto, o recorrente deve proceder à demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, evidenciando a moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes»* (1a. Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 7.2.94, p. 1.128).

Cumpra relembrar a Súmula nº 13, STJ, posto que o apelo não pode ser manejado em virtude de divergência que se instalou dentro do próprio tribunal local, admitindo-se, somente, que ocorra entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada.

Ademais, incabível alinhar a divergência quando a decisão objeto do acórdão paradigma não mais é sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, o aresto recorrido encontra-se em simetria com a orientação firmada por esta Corte Superior (Súmula nº 83, STJ).

Ainda que óbvio, necessário lembrar que a divergência jurisprudencial deve ocorrer em relação a regra de *direito federal*, inexistindo possibilidade de admitir o apelo quando tribunais diversos oferecem decisões distintas sobre tema que envolve direito local (STJ, *Resp* nº 59.289-5-SP, 1a. Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 17.4.95, p. 9.566).

Por necessário, impõe-se relembrar que o recurso especial não se coloca como remédio jurídico hábil a gerar discussão sobre norma constitucional, posto que a Carta Federal delimita, com precisão, a forma de sua utilização face à decisão proferida pelo tribunal local.

Assim, tem-se que *“o recurso especial não se presta para uniformizar julgados quanto à interpretação de dispositivo constitucional”* (*Resp* nº 32.518-7-AM, 2a. Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 13.3.95, p. 5.273) e sedimentou-se o entendimento de que *“os temas de natureza constitucional são insusceptíveis de conhecimento em sede de recurso especial, cujo alcance restringe-se ao exame do direito infraconstitucional”* (*Resp* nº 58.164-8-RS, 1. Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 20.3.95, p. 6.100; *idem*, *Resp* nº 57.407-2-SP, 1a. Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 5.6.95, p. 16.639).

2.3 Conceito de "causa"

Consoante asseverado anteriormente, os apelos excepcionais encontram seus contornos básicos no âmbito da Constituição Federal, que indica as hipóteses nas quais é cabível cogitar da utilização desta via recursal.

De início, cumpre identificar a noção jurídica de *causa*, a que aludem os arts. 102, III, e 105, III, CF, posto que dotada de ampla divergência a sua conceituação e definição.

A princípio, a expressão em referência deve manter pertinência com a existência de conflito de interesses que se instala no âmbito de determinada relação processual, quer de jurisdição contenciosa, quer de cunho voluntário, porquanto não há como evitar que ocorra a interposição de recurso excepcional quando, por ato eminentemente jurisdicional, a parte não obtém a tutela de seu direito material.

Nesse passo, cumpre relembrar a lição do Prof. Nelson Nery Júnior, pois, a expressão "*causa*" merece ser entendida "... no sentido mais amplo do termo e não no seu sentido estrito, significando lide", merecendo destaque que a inclusão "... nesse conceito de causa, as questões que são decididas pelos tribunais como matéria de jurisdição voluntária" (A Nova Lei de Recursos (Lei 8.038/90), Revista Trimestral de Direito Público, v. 2, p. 302).

Não obstante existam precedentes jurisprudenciais que restringem o alcance da expressão constitucional, é certo que a delimitação pretoriana somente seria extensível naquelas ocasiões em que o provimento jurisdicional, não obstante provenha do Poder Judiciário, seja resultado de manifestações administrativas adotadas por esse poder do Estado, como ocorre nos julgamentos de recursos administrativos decorrentes de imposição de sanção administrativa a servidor judiciário ou decisões congêneres.

Exemplo recente é o constante da apreciação do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 164.458-4-DF, ocasião na qual o Plenário da Suprema Corte acentuou que "*são impugnáveis na via recursal extraordinária apenas as decisões finais proferidas no âmbito de procedimento judicial que se ajuste ao conceito de causa (CF, art. 102, III). A existência de uma causa - que atua como inafastável pressuposto de índole constitucional inerente ao recurso extraordinário - constitui requisito formal de admissibilidade do próprio apelo extremo. A locução constitucional "causa" designa, na abrangência de seu sentido conceitual, todo e qualquer procedimento em cujo âmbito o Poder Judiciário, desempenhando função institucional típica, pratica atos de conteúdo estritamente jurisdicional"* (Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 2.6.95, p. 16.241).

No caso em concreto, recusou-se o seguimento de recurso extraordinário fundado em decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral que, no exercício de função tipicamente administrativa, indeferiu o registro de entidade político-partidária, acentuando a Corte que *«o procedimento de registro partidário, embora formalmente instaurado perante órgão do Poder Judiciário (...), reveste-se de natureza materialmente administrativa. Destina-se a permitir ao TSE a verificação dos requisitos constitucionais e legais que, atendidos pelo Partido Político, legitimarão a outorga de plena capacidade jurídico-eleitoral à agremiação partidária interessada»* (acórdão citado).

Logo, necessário identificar a natureza da manifestação oriunda do Poder Judiciário que, não obstante incumbido de oferecer a prestação jurisdicional, pode ficar legalmente incumbido de manifestar-se sobre questões estritamente administrativas ou para-jurisdicionais.

Necessário avaliar, ainda, que as decisões finais proferidas no âmbito da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (CF, art. 98, I; Lei nº 9.099/95) encontram-se expostas a revisão excepcional somente mediante a interposição de *recurso extraordinário*, de vez que o art. 102, III, CF, não exige que a causa tenha sido decidida por tribunal estadual ou federal.

Ao contrário do que ocorre no espaço legalmente reservado ao recurso especial - que é manejável das decisões proferidas em única ou última instância por tribunais (CF, art. 105, III) -, o recurso extraordinário é cabível da decisão final prolatada pelas Turmas Recursais.

Assim, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que *“descabido é o recurso especial interposto contra decisão de Conselho Recursal do Juizado de Pequenas Causas”* (Resp nº 38.603-9-BA, 4a. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 29.11.93, p. 25.891; idem Agravo Regimental na Reclamação nº 214-4-SP, rel. Min. Dias Trindade, DJU de 28.3.94, 6.287) e a Suprema Corte assentou a exegese, em caso análogo, que *“recentemente, o Plenário desta Corte, ao concluir o julgamento do RE 136.174, firmou o entendimento de que, em face do disposto no inciso III do art. 102 da Constituição Federal, a expressão “causas decididas em única instância” abrange as decisões de Juiz singular que, por força da alçada, são de única instância. Delas, pois, cabe diretamente recurso extraordinário para esta Corte”* (Rext nº 136.149-2-DF, 1a. Turma, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 6.11.92, p. 20.107; idem Rext nº 136.154-DF, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 149: 559).

3 Noções comuns aos recursos extraordinário e especial

3.1 A definitividade da decisão recorrida

Por certo, o recurso especial e o recurso extraordinário exigem que a parte interessada cuide de esgotar, previamente, todos os recursos ordinários cabíveis para que se conceda contornos definitivos ao litígio junto ao tribunal ou juízo local.

Sim, porque o texto constitucional é expresso em admitir os recursos excepcionais somente quando a causa estiver decidida em única ou última instância (CF, art. 102, III, "a" e art. 105, III, "a").

Logo, mostra-se inadmissível recurso especial ou recurso extraordinário quando ainda é cabível, na instância de origem, o manejo de alguma espécie recursal ordinária, como, por exemplo, os embargos infringentes.

Dessarte, localizada a existência de voto vencido em relação ao julgado como um todo, ou em relação a determinada capítulo do acórdão, impõe-se que, preliminarmente, a parte interessada prossiga com a discussão mediante a manifestação dos embargos infringentes para, somente depois, cogitar do cabimento do recurso excepcional.

Nesse sentido, é o significado do enunciado nº 281, da Súmula do STF, porquanto *"é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada"*.

A exigência é correta, pois, não é possível admitir que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça investiguem a existência de lesão a norma constitucional ou infraconstitucional quando o próprio tribunal de origem não exauriu a prestação jurisdicional.

Em outras palavras, se a questão jurídica não sofreu debate mais intenso junto à justiça de segunda instância, inviável permitir que as Cortes Superiores supram essa deficiência, sob pena de ocorrer supressão indevida de instância e desatendimento ao contido nos arts. 102, III, "a", e 105, III, "a", CF.

Não estando a causa definitivamente julgada, não há como cogitar do recurso raro.

Alerte-se, por necessário, ao contido no enunciado nº 354 da Súmula do STF, vez que *"em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação"*.

A proposição sumulada objetiva esclarecer que é necessário que o recorrente observe, com a cautela necessária, o conteúdo do acórdão que se

deseja impugnar, pois, somente será exigível o manejo de embargos infringentes em relação ao tópico do acórdão que não for unânime, sendo cabível a interposição de recurso especial e/ou extraordinário em relação à parte unânime da decisão.

Em suma, mostra-se incabível a aplicação da regra da unirecorribilidade ou da unicidade recursal, porquanto contra uma única decisão possível cogitar da utilização de até três recursos.

Complementando, necessário contemplar o enunciado nº 355, da Súmula do STF, haja vista que *“em caso de embargos infringentes parciais é tardio o recurso extraordinário (e o especial, acrescente-se) interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida”*.

Exemplificando, se o tribunal local apreciando recurso de apelação, rejeita, por maioria de votos, questão preliminar relativa à legitimação para agir, e, no mérito, nega provimento ao inconformismo recursal, cumpre impugnar a decisão mediante a interposição, no prazo indicado na lei, de três possíveis recursos: embargos infringentes (em relação à parte não unânime do acórdão) e o recurso especial e o recurso extraordinário (em relação ao mérito da causa).

Na eventualidade de o recorrente omitir a interposição oportuna dos embargos infringentes, não haverá espaço para, no âmbito dos recursos constitucionais excepcionais, discutir a tese relativa à ausência de legitimação para agir, e, assim, o STJ e o STF somente cuidarão de apreciar a parte unânime do aresto local, à teor dos enunciados nº 354 e 355, da Súmula do STF.

Ocorrendo o ajuizamento dos embargos infringentes e dos recursos constitucionais quanto ao julgamento de mérito, sobrestar-se-á o processamento destes até que ocorra a apreciação daquele, e, posteriormente, adotados pela Corte local os votos majoritários, permitir-se-á o manejo de novos recursos especial e extraordinário que, sob o ponto de vista procedimental, serão associados àqueles já interpostos para a emissão de juízo de admissibilidade.

Daí, por conseguinte, a necessidade de que a parte busque exaurir todas as impugnações ordinárias cabíveis, para somente então, estar em condições de postular aos tribunais superiores.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que *“deixando a parte de interpor os embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto minoritário que lhe foi favorável no julgamento da apelação, o recurso especial que ela interpôs não pode ser conhecido”* (Agravo Regimental no Ag. nº 56.886-

5-RJ, 4a. Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 29.5.95, p. 15.522; idem, Resp nº 40.647-1-SP, 5a. Turma, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 11.4.94, p. 7.658).

Por fim, cumpre salientar que as considerações acima têm parcial aplicação no âmbito criminal, posto que o legislador processual penal somente confere ao réu o direito ao manejo dos embargos infringentes, restando excluído o Ministério Público (CPP, art. 609, par. único).

Sendo assim, na hipótese de o recurso defensivo ser acolhido por maioria de votos, cumpre ao órgão ministerial ou ao assistente da acusação ingressar diretamente com o recurso excepcional.

3.2 Impossibilidade de revisão de matéria fática. Súmula 7, STJ. Súmula 279, STF.

Constitui aspecto peculiar ao cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário a impossibilidade de que esses remédios processuais sejam alvo de discussão de matéria fática.

Com efeito, sedimentou-se o entendimento jurisprudencial de que ambas as irresignações não estão vocacionadas para o exame de questões fáticas que circundam a aplicação da regra jurídico-material.

Ao entendimento de que o erro no exame do fato é menos pernicioso do que o erro na aplicação da norma jurídica - que se propaga e gera precedente jurisprudencial -, o STJ e o STF, mediante a emissão dos enunciados nº 7 e 279 de suas Súmulas, respectivamente, não conhecem de recursos que exigem revolvimento da prova contida nos autos.

Por certo, raciocina-se sobre a necessidade de ser conferida autonomia aos tribunais locais no que pertine à existência de determinada realidade fática, sendo certo que o STJ e o STF visualizam a aplicação do direito federal ou do direito constitucional sobre a base probatória reconhecida como existente na instância de origem.

Desse modo, entende-se que resta resguardada a autonomia conferida pela Constituição Federal aos tribunais estaduais e federais, limitando a discussão da controvérsia aos seus aspectos estritamente jurídicos, dispensando-se a rediscussão dos fatos para a aplicação da norma jurídica mais correta ao caso em concreto.

Na essência, parte-se da idéia de que o STJ e STF não constituem órgãos que compõem uma terceira instância, porquanto cumprem uma missão dada pelo texto constitucional: interpretar o direito federal e o direito constitucional.

Portanto, os recursos excepcionais não objetivam conferir valoração às questões fáticas, sendo desprezada a iniciativa da parte que tenciona renovar avaliação relativos ao poder de convencimento das provas, à sua substância e ao valor intrínseco que delas se obtém mediante a implementação de um processo interpretativo.

Em outras palavras, não há como admitir que sejam o STJ e o STF equiparados ao juízo monocrático e ao tribunal local, órgãos estes que detém o poder de avaliar em sua inteireza o substrato fático, sopesá-lo, confrontá-lo com as argumentações das partes e, finalmente, emitir decisão de mérito.

A intervenção do STJ e do STF limita-se a fazer com que a norma jurídica seja corretamente aplicada a fatos tidos como incontroversos pelos tribunais inferiores, e, dessa forma, restará cumprida a função daquelas Cortes que, ao lado de fornecer a interpretação mais adequada daquela, cuidarão de tutelar, reflexamente, o direito subjetivo dos litigantes.

Nesse particular, doutrina o *Prof. Rodolfo Mancuso* que a infringência do acórdão recorrido mediante a revisão do contexto fático é absolutamente inviável nos recursos excepcionais, de vez que *"tanto quanto o extraordinário, o recurso especial é de tipo excepcional, derivando essa qualificação dentre outros fatores, da circunstância de não ser ele vocacionado ao exame da matéria fática. O objeto desse recurso há que se restringir ao contraste entre a decisão recorrida e um texto de lei federal que o recorrente sustenta ter sido contrariado, afastado ou interpretado de modo discrepante do que o fez outro Tribunal"* (op. cit., p. 75).

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 7 enfatiza que *"a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"*, e, em idêntico sentido a Súmula 279, STF.

Cumprir dizer que a circunstância de as Cortes Superiores não poderem examinar, de forma mais intensa, os fatos geradores da controvérsia não elimina a possibilidade destas em qualificar juridicamente o fato jurídico que está a merecer a devida e necessária tutela jurisdicional.

Assim, diante de uma circunstância faticamente irresponsável e tida como incontroversa pelo aresto recorrido, é plenamente possível que o tribunal superior identifique a existência deste ou daquele instituto jurídico e lhe conceda a

valoração necessária.

Em decisão recente, acentuou o Supremo Tribunal Federal que *"na apreciação do recurso extraordinário, são consideradas as premissas do acórdão proferido"* (Agravio de Instrumento (AgRg) nº 162.279-3-MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 4.8.95, p.22.501).

3.3 Prequestionamento. Súmulas 282 e 356, STF

Salientadas as noções mínimas para a compreensão do recurso especial e do recurso extraordinário, importante registrar requisito tido como específico e imprescindível ao sucesso da impugnação recursal junto aos tribunais superiores, porquanto se mostra necessário que a questão federal ou a questão constitucional tenham sido previamente debatidas nas instâncias de origem.

Não obstante a lei processual não faça menção expressa a este pressuposto, é certo que a noção de prequestionamento é indissociável dos recursos tidos como excepcionais, haja vista que o STJ e o STF somente estarão habilitados a julgar a causa quando o tema jurídico encontrar-se devidamente debatido junto aos tribunais locais.

Em outras palavras, exige-se que a parte interessada, quando interposição do recurso ordinário, coloque a questão federal e/ou a questão constitucional que pareça adequada à solução do litígio, de modo a que o tribunal local receptor da irresignação possa estar em condições de enfrentar não somente as questões fáticas, mas também as jurídicas formuladas pelo recorrente e recorrido.

Somente assim, portanto, é que se admitirá dar a causa como decidida em única ou última instância pelo juízo ou tribunal, conforme preconiza o texto constitucional (CF, arts. 102 e 105).

Por conseguinte, prequestionamento significa discutir antes, debater previamente todas as questões jurídicas que interessam ao encontro de uma solução justa, equânime e imparcial do litígio, e, logicamente, essa discussão deve ser instalada no recurso ordinário lançado contra o ato decisório monocrático.

Não procedendo dessa forma, é certo que o tribunal local disporá de limites para a entrega da prestação jurisdicional, de vez que uma vez circunscrito o âmbito de devolução do recurso, descabe cogitar de ampliação do *thema decidendum*.

Registre-se, por oportuno, que esta limitação relativa ao exercício do

poder jurisdicional em segunda instância não encontra respaldo técnico quando a questão jurídica é passível de análise obrigatória e de ofício pelo magistrado (CPC, art. 267, par. 3º, v.g.), especialmente na área criminal, onde concede-se aos tribunais locais a tarefa de tutelar eventuais constrangimentos causados ao direito de liberdade.

O vetusto e conhecido aforisma *da mihi factum, dabo tibi jus* “não tem aplicabilidade em sede extraordinária” (STJ, Resp nº 24.053-4-GO (EmDecl), 4a. Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 15.3.93, p. 3.820).

Mas, ultrapassada essa fase recursal, com o desdobramento e abertura da via excepcional, é notório que todas os temas jurídicos de interesse da parte já devem ter sido tratados pelo tribunal, posto que o STJ e o STF somente cuidarão de analisar as questões que foram efetiva e explicitamente discutidas na instância de origem, sob pena de supressão de instância.

Cabível registrar precedente recente, de vez que o “*prequestionamento é antecedente lógico de recurso especial. Vale dizer, o recorrente precisa atacar, dando continuidade processual, tema decidido no acórdão recorrido. Caso contrário, o recurso especial apreciará, originariamente, matéria diversa*” (Resp nº 62.911-0-SP, 6a. Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 30.10.95, p. 36.815).

Dai, por conseguinte, ter sido majoritariamente aceita a tese de que o recurso especial e o recurso extraordinário somente serão viabilizados perante as Cortes Superiores quando ficar caracterizado o *prequestionamento explícito* da questão federal e da questão constitucional.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em pronunciamentos sucessivos, tem afirmado que “*não se conhece do recurso especial, quando as questões jurídicas (ofensa a dispositivos de lei federal) que constituem o respectivo fundamento não foram discutidas e nem julgadas, nas instâncias ordinárias*” (Resp nº 23.250-8-SP, 1a. Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 27.6.94, p. 16.896) e que “*a exigência do prequestionamento não pode ser entendida como simples apego a formalidades, porém na necessidade de se avaliar se o tema foi objeto de apreciação, seja porque explicitamente indicados os dispositivos legais, seja porque a questão de fundo foi objeto de exame do julgado*” (Resp nº 42.280-9-RJ, 5a. Turma, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU de 29.5.95, p. 15.532).

Em postura idêntica, a Suprema Corte tem afiançado que “*em se tratando de recurso extraordinário, é ele, por sua natureza, restrito ao que foi prequestionado no acórdão recorrido e ao que foi alegado em suas razões.*”

Portanto, sem que ocorra o preenchimento desses dois requisitos, não se pode, ao julgá-lo, examinar de ofício alegação de nulidade, ainda que absoluta, do acórdão contra o qual se insurge o recurso extraordinário" (Embargos de Declaração em Ag. Reg. em Recurso Extraordinário nº 169.939-1-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 4.8.95, p. 22.525).

Por conseguinte, a fim de permitir que a questão constitucional ou a questão federal sejam devidamente apreciadas pela STF ou pelo STJ importa que, em primeiro lugar, o tema jurídico tenha sido, efetivamente, submetido ao crivo do tribunal local por meio da impugnação recursal ordinária.

Em outras palavras, constitui ônus das partes submeter ao órgão judiciário de segunda instância as matérias jurídicas que mantenham pertinência com a causa, de maneira a que haja a respectiva manifestação por ocasião do julgamento.

O Supremo Tribunal Federal, em manifestações sucessivas, orienta-se no sentido de que *"a configuração do prequestionamento pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno versado no recurso. Se a Corte de origem sequer chegou a conhecer dos embargos declaratórios em que veiculado, impossível é tê-lo como configurado. A razão de ser do instituto, inerente aos recursos de natureza extraordinária, está na necessidade de, para dizer-se do enquadramento em um dos permissivos constitucionais (extraordinário 'stricto sensu'), proceder-se a cotejo"* (RE nº 117.056-5-MS, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.10.94, p. 28.407).

Aliás, não basta que a parte faça menção, no âmbito da peça recursal ordinária, do tema jurídico que deseja ver apreciado, pois, para efeito de dar a questão como prequestionada, impõe-se que o tribunal recorrido a enfrente expressamente, emitindo juízo de valor sobre esta.

Sim, porque *"a simples referência do acórdão recorrido, desacompanhada de efetiva discussão do tema, no sentido de que não se configurou qualquer situação de litigiosidade constitucional, não basta para caracterizar para efeitos recursais extraordinários, a premissa indispensável do prequestionamento, ainda mais quando a decisão do Tribunal 'a quo' assentou a resolução da causa, de modo explícito e exclusivo, em sede estritamente legal"* (Agravo de Instrumento nº 133.822-9-AM (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.9.92, p. 14.093).

Dai, a importância da utilização oportuna dos embargos declaratórios que, junto à corte de origem, figuram como instrumento processualmente adequado a caracterizar o prequestionamento, quando o tema jurídico fora

abordado pela parte em seu recurso e o órgão fracionário sobre ele silenciou.

Importa acentuar que os embargos declaratórios não podem ser utilizados como meio de trazer ao órgão jurisdicional de segunda instância questão jurídica que, em momento adequado, não fora proposto por meio do recurso ordinário, salvo as matérias conhecíveis de ofício.

Assim, tem-se decidido que *"na interposição do recurso especial fundado em negativa de vigência a lei federal, é necessário que o acórdão hostilizado tenha apreciado a matéria objeto do dispositivo legal tido como violado", pois, "se não foram opostos os embargos de declaração, para suscitar a manifestação do órgão julgador sobre a matéria omitida na decisão recorrida, carece o recurso do prequestionamento, requisito indispensável à sua admissibilidade"* (Resp nº 21.063-3-SE, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 21.8.95, p. 25.359).

Vale dizer que não é reconhecido o prequestionamento da questão jurídica quando esta é alegada após o julgamento da irresignação e poderia ter sido arguida pela parte em momento anterior mas não o foi.

A validar este comportamento omissivo do interessado estar-se-ia consagrando não o prequestionamento, mas sim o *pós-questionamento*, e, indiretamente, o limite devolutivo do recurso ordinário estaria sendo ampliado em prejuízo dos interesses da parte contrária.

Apreciando a questão, o Supremo Tribunal Federal observou que *"inadmissível o extraordinário quando a questão constitucional não foi ventilada no acórdão recorrido, e ineficazes são os embargos de declaração para o fim de prequestionar matéria não suscitada oportunamente no recurso de apelação"* (Agravado de Instrumento (AgRg) nº 126.541-9-SP, rel. Min. Maurício Correa, DJU de 8.9.95, p. 28.359) e, em outra oportunidade, aludindo à ausência de controvérsia sobre a questão constitucional, sustentou a Corte que *"esta Casa vem dizendo ao longo dos anos que os "embargos de declaração não representam, necessariamente, pelo contorno da Súmula 356, garantia de trânsito do apelo extremo. Só têm eles tal valia quando respondem à injustificada omissão do tribunal de origem em versar matéria que as partes oportunamente lhe apresentaram como controvertida" ou quando a afronta à Carta da República surge no próprio acórdão recorrido (RTJ 117/235)"* (Agravado de Instrumento nº 154.875-5-RJ (AgRg), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18.2.94, p. 1.797; idem Agravado de Instrumento nº 154.049-5-MG (AgRg), rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 19.5.95, p. 14.001).

Não há exigir, pois, o rigor formal de que o acórdão recorrido aponte,

expressamente, o dispositivo legal ou constitucional violado, bastando que a questão jurídica tenha sido debatida e que sobre ela tenha se manifestado o tribunal local, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça (Agravado de Instrumento nº 47.218-3-RS (AgRg), rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 22.8.94, p. 21.268).

Lógico concluir, portanto, que as questões jurídicas aptas a gerar a interposição de eventual recurso extraordinário têm que ser submetidas ao crivo do tribunal estadual ou federal, ou que, de ofício, a discussão tenha sido instalada no julgamento do recurso, para, então, cogitar-se da existência do questionamento.

Insta acentuar, ainda, que na eventualidade de ocorrer o manejo dos embargos declaratórios e as apontadas omissões não forem sanadas pela corte de origem, inicia-se a formação de corrente jurisprudencial que entende ser necessário o ajuizamento de novos embargos de declaração, descabendo cogitar de recurso excepcional para discutir a matéria de fundo e que compõe o julgamento do recurso ordinário.

A tese é justificável, porquanto o Estado-juiz não ofereceu a prestação jurisdicional da forma mais efetiva e completa possíveis, haja vista que o não-enfrentamento da questão jurídica tida como omissa pelo embargante permite dizer que não se exauriu o ofício judicante.

Em decisão recente, assentou o Superior Tribunal de Justiça que “é lícito à parte opor embargos declaratórios visando questionar matéria em relação à qual o acórdão recorrido quedou-se omissa, embora sobre ela devesse se pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de questionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada” (Agravado de Instrumento nº 55.003-6-SP (AgRg), rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 27.3.95, p. 7.139), e, ainda, “existindo no acórdão ponto omissa sobre que devia pronunciar-se o Tribunal, este, provocado por embargos de declaração, não pode deixar de sobre ele claramente pronunciar-se. Nulidade reconhecida, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão” (Resp nº 36.976-2-SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU de 22.8.94, p. 21.262).

Orienta-se o Supremo Tribunal Federal em sentido análogo, pois, «verificada a omissão, incumbe à parte protocolar embargos declaratórios, no

que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do Órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver a emissão de juízo, mas da transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade do provimento. Impossível é atribuir aos declaratórios efeito que eles não têm, ou seja, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema» (Agravado de Instrumento nº 180.008-0-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 15.9.95, p. 29.559).

Logo, em face do extremado rigor quanto ao processamento dos recursos excepcionais, impõe-se que o recorrente guarde atenção aos detalhes que envolvem o processamento dos apelos citados, de modo a evitar a perda da possibilidade do exame de matéria relevante do ponto de vista infraconstitucional e constitucional.

3.4 Ofensa reflexa a norma constitucional

Coloca-se como necessário lembrar antiga orientação implantada pelo Supremo Tribunal Federal quanto a necessidade de que a ofensa à norma constitucional seja direta e ostensiva, não cabendo cogitar de contrariedade quando a lesão ao preceito da Constituição Federal seja indireta, oblíqua ou reflexa.

Em suma, se para propiciar a apreciação do recurso extraordinário for necessário, previamente, efetuar a interpretação de norma infraconstitucional, para somente então, averiguar a existência de contrariedade ao texto constitucional, tem-se que a ofensa é reflexa e não direta ao citado ordenamento jurídico, afastando a possibilidade de conhecimento do apelo.

Ou então, será indireta a lesão apontada no recurso, quando o tribunal local decidiu a controvérsia sob ponto de vista diverso do apresentado no apelo excepcional.

Extremamente rígido a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que *“tem-se como não prequestionada a matéria constitucional quando o dispositivo apontado como objeto de afronta é examinado no tribunal a quo sob ângulo diverso do aventado no extraordinário ou quando, apesar de entender que a ofensa à Carta surgiu no acórdão recorrido, a parte não opõe embargos de declaração para que a origem debate o tema. Afronta por via reflexa não autoriza a abertura da instância derradeira”* (Agravado de Instrumento nº 155.479-8-RO (AgRg), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 29.9.95, p. 31.909).

Na essência, nota-se a preocupação da Corte Suprema em evitar apreciar recurso de índole excepcional quando é necessário conjugar preceitos de direito federal junto ao tema constitucional posto em destaque no apelo que lhe é dirigido.

Assim, somente a ostensiva lesão causada a norma constitucional, não importando a qualidade e o tema por ela tratado, é que gerará a análise do recurso extraordinário.

Em manifestação recente, a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence, acentuou que *"tem-se violação reflexa à Constituição, quando o seu reconhecimento depende de rever a interpretação dada à norma ordinária pela decisão recorrida, caso em que é a hierarquia infraconstitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza de questão federal. Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária, baralhando as competências repartidas entre o STF e os tribunais superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a inteligência do direito local"* (Agravado de Instrumento (AgRg) nº 134.736-9, DJU de 17.2.95, p. 2.747).

3.5 Deficiência da fundamentação. Súmula 284, STF

A formalização do recurso de natureza excepcional exige que a parte interessada apresente argumentação jurídica adequada a combater os argumentos utilizados pelo acórdão recorrido, e, em consequência, o art. 541, ..., CPC, exige que o recurso contemple as razões jurídicas que geram a necessidade de reforma da decisão.

Em consequência, impõe-se concluir que seja indicado o dispositivo legal ou constitucional tido como violado ou contrariado, ou então, que a questão jurídica pertinente a determinado artigo de lei seja adequadamente discutida no âmbito de um ou outro apelo.

Dá, a necessidade de que a fundamentação recursal seja eficiente e traga dentro de si argumentos juridicamente hábeis a abalar a motivação apresentada ao acórdão recorrido, sob pena de ser utilizada a Súmula 284, STF.

Sob essa ótica, decidiu-se que *"na interposição do recurso especial fundado em negativa de vigência de lei federal (art. 105, III, "a" da C.F.) é indispensável a demonstração expressa da vulneração alegada, sem o que carece o recurso de fundamentação legal"* (Resp nº 39.121-0-SP, 2a. Turma, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 13.3.95, p. 5.275), sendo certo que predomina a

orientação no sentido de que *"não se conhece do recurso especial quando não indicado com precisão, pelo recorrente, o dispositivo de lei federal que teria sido violado, ou não exposta, de forma fundamentada, a arguição de afronta ao direito federal ordinário"* (Resp nº 61.056-7-MG, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 29.5.95, p. 15.527).

Em razão da não aplicação da regra *jura novit curia* no âmbito dos recursos excepcionais, impõe-se o recorrente deduza, articuladamente, a argumentação jurídica que pretende ver prevalecer no caso concreto, não bastando a mera alegação de que ocorreu a negativa de vigência de lei federal ou a contrariedade a preceito constitucional.

Constitui ônus da parte indicar, com a precisão necessário, qual o capítulo do acórdão que permite reconhecer a existência de negativa aplicação ao direito federal ou a contrariedade ao texto constitucional federal.

A rigidez quanto a admissibilidade dos recursos excepcionais é bastante intensa, pois, *"não se conhece do recurso especial, quando na petição do recurso não indica expressamente o recorrente qual a norma infraconstitucional, que teria sido negada ou contrariada, omissão inadmissível no apelo excepcional"* (Resp nº 8.942-0-SP, rel. Min. José de Jesus Filho, 2a. Turma, DJU de 21.3.94, p. 5.464).

3.6 Regra da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade

Conquanto seja possível cogitar da regra de fungibilidade recursal no espaço reservado às impugnações ordinárias, certo é que a jurisprudência dos tribunais superiores não admite a sua aplicação quanto aos recursos excepcionais.

Sim, porque figurando o erro grosseiro como um dos dados a permitir a utilização da fungibilidade recursal, tem-se tutelado o entendimento de que a Constituição Federal é absolutamente clara quanto às hipóteses de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário, e, por consequência, inviável permitir a troca de uma espécie de irresignação por outra.

Ora, se a temática do recurso especial encontra-se voltada para a existência de ofensa a norma infraconstitucional comum, não é aceitável que a parte trate de questão desta natureza no recurso extraordinário e vice-versa, pois, é inegável que ambos os recursos encontram-se correta e inequivocamente delineados na Constituição Federal.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *"para que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal é necessário que o recorrente*

não tenha incidido em erro grosseiro" (Resp nº 14.963-0-PB, 2a. Turma, rel. Min. José de Jesus Filho, DJU de 14.9.92, p. 14.945), reiterando esta postura, a 2a. Turma do citado tribunal averbou que *"o recurso especial e o recurso extraordinário são excepcionais e específicos, dirigidos a Cortes diversas e com pressupostos constitucionais e legais bem definidos, circunstâncias que afastam a aplicação do princípio da fungibilidade"* (Agrav. de Instrumento nº 38.068-8-RS (AgRg), rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 30.8.93, p. 17.288; idem, Resp nº 30.757-4-ES, 4a. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 22.8.94, p. 21.265).

Em análoga postura, a Suprema Corte já acentuou que o recurso especial que aborda questão constitucional e é processado como recurso extraordinário atenta contra os pressupostos caracterizadores da fungibilidade recursal, pois, *"a aplicabilidade do princípio da fungibilidade limita-se aos casos de dúvida fundada quanto ao recurso cabível. Impossível homenageá-lo quando se deduz espécie recursal imprópria e impertinente em substituição àquela expressamente indicada"* (Agrav. de Instrumento nº 134.518-SP (AgRg), rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 149:557-58).

Por conseguinte, se a Carta da República criou o recurso extraordinário como o cabível para dirimir contrariedade a norma constitucional, mostra-se inadmissível que seja providenciada a conversão do recurso especial erroneamente interposto face à existência do citado erro grosseiro.

Impõe-se, por oportuno, dizer que em face de decisão denegatória de mandado de segurança, qualquer que seja o seu fundamento (constitucional ou infraconstitucional) o recurso cabível será sempre o *ordinário-constitucional*, a teor do disposto no art. 105, II, "b", CF.

O eventual manejo de recurso especial ou de recurso extraordinário na hipótese em que o tribunal recorrido, originariamente, aprecia e *denega* a ação mandamental atri, única e exclusivamente, a interposição do recurso ordinário-constitucional, ainda que neste a parte seja obrigada a discutir questão de índole puramente constitucional.

O abandono da via do recurso ordinário-constitucional e a subsequente utilização dos outros recursos excepcionais faz com que haja *erro grosseiro*, e, dessa forma, impedir-se-á a reapreciação da *res controversa* pelo Superior Tribunal de Justiça.

Múltiplos são os precedentes sobre o tema, destacando-se o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que *"com a instalação desse Tribunal, não mais se admite, na espécie, a aplicação do princípio da*

fungibilidade dos recursos" (RMS 83-SP, 1a. Turma, rel. Min. José de Jesus Filho, DJU de 3.6.91, p.7.406); é idêntica a posição da Suprema Corte, pois, *"tendo sido a segurança denegada, cabível contra ela era o recurso ordinário, nos expressos termos do art. 102, II, "a", CF. Ora, mais de três anos depois da promulgação dessa Carta Magna, impõe-se que se tenha como erro grosseiro a impedir a conversão do recurso extraordinário em ordinário, a interposição daquele recurso por este"* (RTJ 142:472).

3.7 Súmula 283, STF - Fundamento inatacado

Subsiste a necessidade, ainda, de apreciar os termos da Súmula 283, STF, pois, é passível de inadmissão o recurso excepcional que não enfrenta todos os fundamentos jurídicos utilizados pelo acórdão recorrido para rechaçar a tese desenvolvida no recurso ordinário.

Portanto, constitui ônus processual da parte interessada averiguar se o aresto local dispõe de fundamentos autônomos que, por si só, fornecem a necessária sustentação à manifestação decisória emitida pelo tribunal em segunda instância.

Em consequência, detectado que a decisão colegiada encontra-se estruturada em vários fundamentos infraconstitucionais, ou em fundamento infraconstitucional e em fundamento constitucional, impõe-se como necessário que ocorra a manifestação do recurso especial e do recurso extraordinário concomitantemente.

Na primeira hipótese, é imprescindível que o recorrente aborde todos os fundamentos infracoñstitucionais ou todos os fundamentos constitucionais - cumpre analisar o caso concreto -, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário possam ter viabilidade futura.

Coexistindo fundamento infraconstitucional com fundamento constitucional é absolutamente necessário que sejam deduzidos os recursos excepcionais pertinentes sob pena de não ser conhecido o único manifestado.

Sim, porque a interposição de somente uma das espécies recursais criará óbice intransponível quanto ao julgamento do apelo face aos termos da Súmula nº 283, STF, pois, *"se o acórdão de Corte de segunda grau afronta, também, a Constituição, a par de negar vigência a norma ordinária, cumpre a interposição do recurso extraordinário, no mesmo prazo do recurso especial. Se isso não sucede, não cabe, após o julgamento do recurso especial confirmando o aresto local, interpor recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, com alegação*

de haver a decisão do Tribunal de segunda instância ofendido, também, a Constituição. Não é viável, sequer, em embargos de declaração ao acórdão do STJ, pretender retomar a matéria constitucional, já preclusa, por falta de oportuna interposição do recurso extraordinário. Tornou-se, em consequência, definitivo o aresto da Corte local, pelo fundamento constitucional suficiente e inatacado” (STF, Agravo de Instrumento nº 154.254-4-SP (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 18.3.94, p. 5.171; idem, Agravo de Instrumento nº 152.938-6-SP (AgRg), rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 25.3.94, p. 5.499).

Em postura assemelhada, a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal deliberou que *“é inadmissível o recurso especial quando, apoiando-se o acórdão recorrido também em fundamento constitucional suficiente, não vem ele, neste ponto, a ser objeto de impugnação pela via recursal extraordinária ou, ainda que utilizada esta, o apelo extremo deixa, qualquer que tenha sido o motivo de ter seguimento em virtude de ato decisório transitado em julgado. A existência de fundamento constitucional inatacado revela-se bastante, só por si, para manter, em face de seu caráter autônomo e subordinante, a decisão proferida por Tribunal inferior”* (Agravo em Agravo de Instrumento nº 155.684-7-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.4.94, p. 9.722; idem, Agravo de Instrumento nº 152.081-8-SP (AgRg), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 12.8.94, p. 20.045).

Em suma, existindo no acórdão proferido por tribunal estadual ou federal dupla fundamentação jurídica que, por sua vez, abrange questão de direito federal comum e de direito constitucional, é necessário que a parte ingresse com os recursos excepcionais pertinentes, a fim de evitar ou o não-conhecimento do apelo, ou, quando julgado o recurso especial, a preclusão da questão constitucional.

3.8 Recurso extraordinário e decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça

Necessário, ainda, ponderar acerca do cabimento do recurso extraordinário das decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça que, logicamente, não se encontra imune a controle constitucional pela Suprema Corte.

Conquanto seja situação jurídica de ocorrência escassa, é certo que não há impedimento a que seja manejado o recurso extraordinário quando o Superior Tribunal de Justiça, em última instância dirime a controvérsia sobre determinada questão federal.

Mas, somente tem-se entendido cabível o recurso excepcional quando,

no próprio acórdão firmado por órgão fracionário da citada Corte, discute-se questão constitucional que, até então, não fora tratada e veio a ser levada em consideração para a concretização da prestação jurisdicional. Assim, será *"cabível o recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça prolatado em recurso especial, quando o recorrente sucumbe nesta instância e a decisão viola a Constituição"* (Rext nº 159.979-1-SP, 2a. Turma, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 19.12.94, p. 35.185).

Em suma, admite-se o recurso extraordinário de manifestações decisórias do Superior Tribunal de Justiça (julgamento de recurso ordinário-constitucional, de recurso especial, embargos de divergência, etc) nos quais tenham ocorrido discussão explícita sobre tema constitucional, pois, *"a impugnação de acórdão do Superior Tribunal de Justiça mediante o extraordinário pressupõe a adoção de entendimento contrário à Carta Política da República"* (Agravado de Instrumento nº 169.447-6-DF (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 7.12.95, p. 42.618).

Por outro lado, inúmeros recursos extraordinários são endereçados contra decisões oriundas de recurso especial haja vista que, em face da identificação de defeitos formais pelo Superior Tribunal de Justiça, não estaria a Corte desempenhando as funções constitucionais descritas no art. 105, III, CF.

Apreciando a questão, a Suprema Corte entendeu que *"somente é possível concluir pelo enquadramento do recurso extraordinário no permissivo da alínea "a" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal quando as premissas e a conclusão do acórdão impugnado contrariem, frontalmente, a disciplina do cabimento do recurso especial"* (Agravado de Instrumento nº 158.073-0-SP (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 5.5.95, p. 11.909).

De modo simétrico, decidiu-se no Agravo de Instrumento nº 152.835-SP (AgRg) que *"a alegação de ofensa ao art. 105, III, CF, pode servir de base a recurso extraordinário, quando, para conhecer ou não conhecer do recurso especial, a decisão do STJ contiver proposição contrária, em tese, aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, que aquele preceito constitucional define; não cabe, porém, o extraordinário para o reexame das premissas concretas de que haja partido a decisão do STJ, em tese, correta"* (Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155:609).

Verifica-se, portanto, que se o Superior Tribunal de Justiça efetuou juízo de admissibilidade que se mantenha pertinente com a estrutura legal e constitucional conferida ao recurso especial, não há condições de o Supremo Tribunal Federal intervir e ordenar a apreciação da causa.

Observe-se, por necessário, que o julgamento do mérito recurso ordinário-constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça em muitas ocasiões exige a apreciação de questão constitucional - que é abordada desde o momento em que se ajuíza o mandado de segurança ou o *habeas corpus* perante o tribunal inferior -, e por conseguinte, não há óbice para o manejo do recurso extraordinário.

3.9 Juízo de admissibilidade

A Lei nº 8.038/90, com as alterações introduzidas pela recente reforma implementada no Código de Processo Civil, prescreve o rito procedimental a ser observado pelo recorrente quando da interposição dos recursos excepcionais.

A triagem preliminar desta impugnações é conferida ao Presidente do Tribunal de origem, a quem compete efetuar juízo de valor provisório acerca da admissibilidade ou não do recurso manejado.

Por conseguinte, todas as questões anteriormente abordadas devem ser objeto de apreciação, quando cabíveis, no juízo de admissibilidade preliminar que se efetua no tribunal de origem.

Ao lado dos requisitos específicos outrora indicados, impõe-se valorar os genéricos (interesse de recorrer, tempestividade, legitimidade recursal, existência de ato extintivo do direito de recorrer, etc) de modo a que o recurso excepcional somente venha a ser submetido ao crivo do Tribunal Superior quando formal e materialmente aperfeiçoado.

Válido registrar que esta etapa procedimental é imprescindível ao prosseguimento da causa, pois, a lei incumbe ao tribunal inferior o juízo primeiro da admissibilidade de instauração da instância recursal excepcional, e, por conseguinte, a decisão a ser proferida deve indicar, com a precisão necessária, os fundamentos que permitem ou não o processamento da irresignação.

Não obstante subsista discussão em torno da possibilidade de o Presidente do Tribunal local aferir, isoladamente, a existência ou não de negativa de vigência de lei federal ou de contrariedade à Constituição causada pelo acórdão regional, é certo que os Tribunais Superiores admitem que isto ocorra, sem prejuízo de que a questão jurídica seja revista, em definitivo, na Corte destinatária do apelo.

Dessarte, tem-se como aceitável que *"a prolação do juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, pela Presidência do Tribunal inferior, não tem - ante à provisoriedade de que se reveste esse ato decisório - o efeito jurídico-processual de constranger o Supremo Tribunal Federal a conhecer do apelo extremo"* (Agravio Regimental em Recurso Extraordinário nº 167.787-3-

RR, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 30.6.95, p. 20.451).

Não obstante, é certo que a admissibilidade de recurso excepcional é absolutamente rígida, havendo a Suprema Corte, em julgado recente, afirmado que *«o único escopo possível do recurso extraordinário é desautorizar uma tese jurídica proferida pela instância de origem estimada errônea pelo Supremo Tribunal. Não se mostra razoável fazer subir o apelo extremo quando a jurisprudência da casa é, desenganadamente, contrária à tese sustentada na pretensão recursiva»* (Agravado de Instrumento nº 143.085-1-AM (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 16.6.95, p. 18.220).

Necessário dizer que a admissão do recurso raro com apoio em somente uma das alíneas indicadas pelo recorrente não inibe a Corte Superior a conhecer do recurso pelas outras oportunamente declinadas, pois, *“se o recurso especial, interposto por vários fundamentos, foi admitido somente por um, o STJ poderá conhecer qualquer dos outros. A decisão do Tribunal a quo, não admitindo parcialmente recurso especial, não vincula o Superior Tribunal de Justiça. Admitido o recurso por algum de seus fundamentos, dispensa-se a parte, de interpor agravo de instrumento”* (Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 58.724-7-RS, 1a. Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 28.8.95, p. 25.567).

Importante questão é a aferição controle da tempestividade do recurso excepcional, pois, a regra geral é que a parte interessada disponha de quinze dias para formalizá-lo, quer o objeto do recurso volte-se para a tutela de questões cíveis ou criminais.

Em face de a tempestividade recursal constitui matéria que não pode ser transacionada pelas partes, entende o Supremo Tribunal Federal que *“o controle da tempestividade do recurso extraordinário - precisamente por constituir pressuposto recurso de ordem pública - revela-se matéria suscetível, até mesmo de conhecimento ex officio pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente, em consequência, de qualquer formal provocação dos sujeitos da relação processual”* (Agravado Regimental no Recurso Extraordinário nº 167.787-3-RR, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 30.6.95, p. 20.451).

No entanto, cumpre observar que, no âmbito cível, é plenamente aplicável aos recursos excepcionais o contido no art. 188, Código de Processo Civil, e, assim, a Fazenda Pública, as autarquias e o Ministério Público dispõem de prazo recursal em dobro, ao lado da Defensoria Pública organizada nos Estados, consoante previsto no art. 5º, par. 5º, da Lei nº 1.060/50.

Nos recursos criminais o Ministério Público não é destinatário da prerrogativa de prazo em dobro, exceção feita à Defensoria Pública face ao

prescrito no dispositivo legal anteriormente mencionado.

Acentue-se que durante o período de férias coletivas dos tribunais superiores ficará suspenso o prazo para a interposição de recurso especial ou extraordinário (STJ: RSTJ 42:263; RT 674:218 - STF: RTJ 121:182 e 140:249).

3.10 Recurso excepcional. Efeito suspensivo

A interposição do recurso excepcional não elide que a decisão proferida pelo tribunal estadual ou federal venha ser provisoriamente executada, de vez que a lei não confere efeito suspensivo a esta modalidade recursal (CPC, art. 542, par. 2º; Lei nº 8.038/90, art. 27, par. 2º; CPP, art. 637).

Em decorrência desta imposição legal, tem-se que o recurso desta natureza somente é recebido no efeito devolutivo, não sendo cabível ao Presidente do Tribunal local a concessão de efeito suspensivo.

Por certo, a suspensão da eficácia da decisão recorrida somente é cabível por intermédio de medida cautelar inominada ajuizada junto ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, pois, eventual ato praticado pelo tribunal *a quo* que permita dar obstar os efeitos do julgado local caracterizará usurpação da competência dos tribunais superiores indicados e atrairá o uso da reclamação (Lei nº 8.038/90, art. 13).

A outorga indevida de efeito suspensivo pelo tribunal local, por ocasião do processamento do recurso excepcional, é típico *error in procedendo*, pois, *“o efeito suspensivo representa uma consequência meramente eventual da interposição do apelo extremo, sendo que a sua concessão, em sede adequada, por decisão exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pressupõe, sempre, a ocorrência de circunstâncias excepcionais. Tendo em vista que o juízo de admissibilidade, exercido em instância inferior, resume-se à verificação dos pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade do apelo extremo, não há dúvida de que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário não se insere nos limites jurídico-processuais da atuação jurisdicional da Presidência do Tribunal a quo”* (Reclamação nº 416-3-GO, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26.2.93, p. 2.355).

Apreciando a Petição nº 764-6-RJ, a 2a. Turma do Supremo Tribunal Federal acentuou que *«como o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, esta Corte tem admitido, em situações limitadas e excepcionais, medida cautelar para lhe dar este efeito, nas hipóteses de proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, desde que ele já se encontre sob a sua jurisdição»* (Rel. Min. Paulo

Brossard, DJU de 22.10.93, p. 22.252).

Como se observa, é necessário que o apelo já se encontre admitido pelo tribunal de origem e que se encontre sob a jurisdição superior para que, somente então, a medida cautelar possa ser postulada, o que, de certa forma, torna mais rígida, ainda, a possibilidade de suspender a eficácia da decisão recorrida.

Nem mesmo é cabível a concessão de efeito suspensivo em relação a agravo de instrumento oposto contra a decisão denegatória, de vez que *"falta interesse de agir para propor medida cautelar inominada que visa a dar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra despacho que inadmitiu os recursos, porquanto, ainda que concedido esse efeito suspensivo, permaneceria subsistente a eficácia do acórdão recorrido que indeferiu o registro, nada aproveitando aos peticionários essa concessão. A concessão de efeito suspensivo ao agravo que ataca decisão de não-admissão de recursos não permite, por via de consequência, que se tenham esses recursos como provisoriamente admitidos para que se lhes dê também efeito suspensivo"* (Agravo Regimental em Petição nº 929-1-DF, Plenário, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 23.9.94, p. 25.325).

3.11 Juízo de admissibilidade negativo. Agravo de instrumento

A interceptação do recurso excepcional cria para a parte interessada a possibilidade de ingressar com o recurso de agravo de instrumento objetivando que os pressupostos de admissibilidade sejam revistos, em caráter definitivo, pelo tribunal a quem compete a análise do apelo.

Dai, a necessidade de que se observe o conteúdo da decisão recorrida, posto que o recurso de agravo de instrumento deve, obrigatoriamente, impugnar as razões elencadas pelo tribunal de origem para a inadmissão do apelo extremo.

Em analogia com o agravo regimental ajuizado em face de agravo de instrumento oposto contra a denegação do recurso excepcional, é necessário que a parte se volte contra a argumentação apresentada para o não-seguimento do apelo, pois, *"sendo objeto mediato do agravo regimental a reforma da decisão atacada, as razões respectivas devem estar dirigidas de modo a infirmar os fundamentos nela contidos. A organicidade que norteia o direito, especialmente o instrumental, impede a eliminação de etapas"* (Agravo de Instrumento nº 158.725-4-MG (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 5.5.95, p. 11.909).

Aliás, é pacífico que o desprovimento do agravo de instrumento ocorrerá

quando o agravante não «...*procura infirmar a fundamentação do despacho denegatório, limitando-se a renovar as razões do recurso extraordinário*» (Agravamento de Instrumento nº 154.297-8-GO (AgRg), 1a. Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 19.5.95, p.14.001).

Outro detalhe importante reside na correta instrumentalização do instrumento recursal, de vez que a ausência de peça documental imprescindível à aferição da tempestividade, da representação processual e da compreensão da controvérsia de direito federal ou de direito constitucional afetará o conhecimento da impugnação face ao conteúdo da Súmula 288, STF.

São sucessivos os pronunciamentos da Suprema Corte quanto à imprescindibilidade da correta apresentação do agravo de instrumento, constituindo ônus processual da parte interessada o acompanhamento da instrumentalização do citado recurso.

No julgamento do Agravo em Agravo de Instrumento nº 171.114-1-PR, ratificou-se decisões outras no sentido de que *“o agravo de instrumento deve vir suficientemente instruído com os elementos necessários à sua apreciação, para que se possam verificar os pressupostos inerentes ao cabimento do recurso extraordinário, dentre os quais o relativo à tempestividade. (...) A orientação constante da Súmula 288 vem sendo seguida, na Corte, de maneira iterativa. Em todas as decisões tem sido enfatizado que a parte agravante deve necessariamente indicar a peça a ser trasladada e também fiscalizar a formação do instrumento, por cuja deficiência responde, não se permitindo a sua complementação quando os autos já se encontram nesta instância”* (1a. Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 1.12.95, p. 41.697; idem, Agravo de Instrumento (AgRg) nº 161.826-5-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 6.10.95, p. 33.136).

Valoriza-se, portanto, a formalização do recurso, valendo registrar a absoluta necessidade de que os autos contemplem não somente a certidão de publicação do acórdão recorrido, que permitirá averiguar a oportuna interposição do apelo excepcional, mas também da decisão que o denegou.

Aliás, é notório que o juízo bipartido de admissibilidade não afeta a competência do tribunal superior em dirimir, de forma definitiva, eventual divergência quanto à observância do procedimento processualmente afeto ao recurso de agravo de instrumento.

Sim, porque *“o agravo de instrumento, na hipótese de recusa de processamento do recurso extraordinário, possui conteúdo temático próprio e específico, justificando o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do seu incontestável poder de verificação de todos os pressupostos inerentes ao apelo extremo, dentre os quais avulta, por sua extrema relevância, aquele concernente*

ao requisito da tempestividade, ainda que não invocado por qualquer dos sujeitos da relação processual" (Agravado em Agravo de Instrumento nº 164.084-8-PB, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.10.95, p. 35.269).

Nota-se, pois, que o juízo de admissibilidade concentra-se junto ao tribunal destinatário do recurso excepcional, não havendo falar em *«...preclusão da faculdade processual que assiste ao Supremo Tribunal Federal de reapreciar, em toda a sua extensão, a ocorrência, ou não, dos pressupostos legitimadores da interposição do recurso extraordinário»* (Agravado em Agravo de Instrumento nº 164.084-8-PB, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.10.95, p. 35.269).

Por fim, cumpre abordar o prazo relativo ao manejo do recurso de agravo de instrumento, pois, de início, em face do conteúdo da Lei nº 8.038/90, quer se tratando de recurso excepcional cível ou criminal, a irrisignação podia ser formalizada em 5 dias (art. 28).

No entanto, o legislador processual civil, em razão dos termos da Lei nº 8.950/94, introduziu no âmbito dos recursos cíveis, as regras procedimentais anteriormente prescritas pela Lei nº 8.038/90, com pequenas alterações.

Certo que, agora, no recurso excepcional de cunho cível, o prazo para a interposição do agravo de instrumento remanesce em 10 (dez) dias (CPC, art. 544).

Mas, subsiste dúvida expressiva quanto à aplicabilidade, por analogia, deste rito procedimental ao apelo raro de cunho criminal, pois, em princípio, a citado Lei nº 8.038/90 prescreve prazo menor.

A questão em referência, crê-se, deva ser resolvida pela regra da especialidade, pois, a Lei nº 8.038/90 somente restou sem valor jurídico para o recurso excepcional de natureza cível em decorrência de o Código de Processo Civil ter efetuado expressiva abordagem sobre o tema.

Assim, impõe-se reconhecer como válido posicionamento no sentido de que o recurso extraordinário ou especial de natureza criminal continua sendo regido pela sistemática traçada pela Lei nº 8.038/90, permitida, não havendo incompatibilidade, a aplicação analógica do Código de Processo Civil.

Apreciando a questão, a 6a. Turma do Superior Tribunal de Justiça formalizou o entendimento de que *“é de 5 (cinco) dias o prazo para interposição de agravo de instrumento contra decisão que inadmitte recurso especial interposto contra acórdão proferido em feito criminal”* (Agravado de Instrumento (AgRg) nº 80.339-RS, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 1.4.96, p. 9.958).

Em manifestação isolada, o Min. Edson Vidigal compartilhou do mesmo entendimento ao denegar o Agravo de Instrumento nº 76.037-SP, averbando que *«o prazo para interposição de agravo em matéria penal continua sendo o*

de cinco dias estabelecido na Lei 8.038/90. A modificação operada pela Lei 8.950/94 - e que fixa prazo de dez dias para interposição desse recurso - se deu no Código de Processo Civil e aplica-se tão-somente aos feitos civis; não pode ser estendida aos feitos criminais, por falta de autorização expressa do legislador» (DJU de 21.3.96, p. 8.113).

Há, no entanto, julgado da 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em relação aos feitos criminais sugere disciplina distinta, vez que "*com advento da lei nº 8.950/94, que modificou o Código de Processo Civil, a matéria relativa aos recursos especiais passou a ser regulada pela nova legislação. Não somente o recurso especial em matéria civil foi modificado, como também o recurso penal sofreu alterações, tendo em vista o caráter unitário conferido pela Constituição Federal ao recurso especial. O prazo do agravo de instrumento passou a ser de dez dias, devendo o mesmo ser instruído com as peças constantes do parágrafo 1º do art. 544 do Código de Processo Civil*" (Agravamento Regimental no Agravo de Instrumento nº 78.951-DF, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 26.2.96, p. 4.066).

Importante acentuar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça editaram as Resoluções nº 140, de 1.2.96 (DJU de 5.2.96, p. 1.269) e nº 1, de 31.1.96 (DJU de 2.2.96, p. 949), respectivamente, através das quais são traçadas regras orientadoras acerca do processamento do agravo de instrumento.

4 Conclusão

Observa-se, finalmente, que o presente articulado tem por intuito oferecer subsídios jurisprudenciais necessários a acautelar a atuação daqueles que, com constância ou não, voltam-se para a busca da tutela jurisdicional definitiva junto aos Tribunais Superiores.

Objetivou-se, pois, trazer o que há de essencial no tocante aos recursos excepcionais, de maneira que o manejo da irresignação ocorra em condições hábeis a permitir a apreensão da questão jurídica federal ou constitucional junto aos órgãos jurisdicionais eleitos pela Constituição Federal para pacificar a interpretação dos textos legais pertinentes, evitando-se, assim, o cometimento de equívocos que inviabilizem a apreciação dos apelos.

A CONVALIDAÇÃO E A INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

ADRIANO BOTELHO ESTRELA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

A Administração Pública é regida pelo princípio constitucional da legalidade, cabendo-lhe, todas as vezes que um ato administrativo for praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, o dever de restaurar esse princípio, seja por meio da invalidação, seja por meio da convalidação do ato.

Destarte, a Administração Pública não pode ser exercida sem o respeito às normas jurídicas e à moral administrativa. Por isso, os atos administrativos podem ser controlados por duas vias distintas: uma interna, da própria Administração; outra externa, regida pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último auxiliado pelo Tribunal de Contas.

Os defeitos e vícios do ato administrativo refletem-se em seus requisitos (competência, forma, motivo, objeto, finalidade), acarretando-lhe a invalidez ou a inexistência.

Outrossim, ato inexistente é aquele que contraria o ordenamento jurídico de tal forma que nem chega a existir, pois lhe faltam os elementos básicos do ato, sendo que esta inexistência não é só a material, mas também a legal. Já o ato nulo é aquele que ofende a lei em maior grau de rejeição, ferindo o princípio da legalidade pelo qual se pauta o ato administrativo.

Ato anulável é aquele em que há vício de vontade na sua formação, contrariando a lei com menor grau de rejeição. Para Hely Lopes, ele não existe no Direito Administrativo, pois o Administrador não pode transacionar sobre o direito alheio. Porém, outros autores de renome admitem a existência do ato administrativo anulável (Cretella Jr., Di Pietro, Bandeira de Mello, etc.).

Sustenta o prestigiado autor Hely Lopes que não há que se falar em anulabilidade de ato administrativo (anulável), pois em direito público o que pode haver é correção de mera irregularidade (sanatória), que não torna o ato nem nulo nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua retificação.

Não existe ato administrativo anulável porque o ato administrativo é legal ou ilegal, válido ou inválido. Jamais poderá ser meio legal ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, porque isso ofenderia a exigência da legitimidade da atuação pública e a presunção de

legitimidade e auto-executoriedade do ato administrativo.

Os atos administrativos podem ser desfeitos por dois meios que não se confundem e nem se empregam indistintamente: a revogação e a anulação.

A revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada somente pela Administração Pública, por não mais lhe convir a sua existência. O ato é legal e perfeito, mas é inconveniente ao interesse público. A revogação possui efeito *ex nunc* e é baseada no poder discricionário da Administração para rever a sua atividade interna.

Pela revogação o ato é desfeito por motivo de conveniência e oportunidade da Administração, ou seja, por questões de mérito e não por algum vício do ato.

A anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal. Pode ser consumada tanto pela Administração quanto pelo Judiciário e baseia-se em razões de legitimidade ou de legalidade. Possui efeito *ex tunc*. Na declaração de nulidade não se aprecia o mérito administrativo.

Não há prazo para a anulação do ato administrativo, segundo a doutrina.

A jurisprudência, todavia, vem atenuando o rigor dessa afirmativa para manter operantes atos ilegítimos praticados há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé, arrimando-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração. Aplica-se em tal caso a presunção de legitimidade.

Anulação pela própria Administração — trata-se do exercício da chamada “justiça interna”, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos. O ato ilegal pode ser anulado pela Administração sem formalidades especiais, sem prazo determinado (salvo os casos previstos em lei), bastando que a autoridade demonstre, no devido processo legal, a nulidade com que foi praticado. Pode ser de ofício ou por provocação.

Anulação pelo Poder Judiciário — só pode ocorrer por provocação do interessado, através dos meios processuais cabíveis que possibilitem a sua anulação. Nunca ocorrerá de ofício pelo órgão judicante, mesmo porque um dos princípios reitores do Poder Judiciário é o da inércia. O controle judicial só abrange o campo da legalidade e nunca o do mérito (poder discricionário).

Convalidação — tem como objetivo sanar um vício vigente em um ato anterior, fazendo com que ele tenha validade. Possui efeito *ex tunc*. A convalidação não se dá em qualquer hipótese; porém, podem-se sanar as irregularidades quanto aos atos inválidos, sendo que estes podem ter alguns vícios sanados.

Enquanto a nulidade tem o escopo de retirar o ato viciado do mundo jurídico, a convalidação busca a preservação do ato administrativo viciado.

Atos administrativos irregulares – seus vícios são sempre sanáveis, pois trata-se de vícios de forma. São vícios simples, que podem até ser sanados de ofício, por serem erros de natureza material, que não comprometem a eficácia do ato administrativo.

Atos administrativos inválidos – seus vícios não podem ser sanados de forma simples, pois comprometem a eficácia do ato administrativo.

Vício absolutamente convalidável – quando os vícios do ato recaem sobre seus requisitos (comp. Motivo, etc.), exceto no requisito de forma. Se o vício do ato não for de forma e não for argüido pelo administrado, ele será relativamente convalidável.

Vício que não admite convalidação – é o que faz com que o ato administrativo não atenda ao interesse público (no sentido primário e não no secundário).

O vício do ato que não admite convalidação ocorre quando o administrado, sentindo-se prejudicado com o ato, argúi o seu vício, por via administrativa. Porém, se o administrado prejudicado não argúi o vício, ele será convalidado.

A diferença entre ato administrativo relativamente convalidável e o que não admite convalidação é o meio procedimental. Para o ato não ser convalidável, basta, simplesmente, ser impetrada a ação judicial ou a administrativa pertinentes, não sendo necessária a proclamação da sentença para a produção do fim almejado.

Sanatória do ato administrativo – terapêutico para conservar o ato administrativo que está viciado, conservando-se os elementos legítimos e destruindo-se os viciados. É o processo ou meio (instrumentos) empregado pela Administração Pública para remover o vício (de pequena monta) do ato, a fim de que a manifestação de vontade expressa pelo ato possa produzir os efeitos que tem em mira.

A sanatória só pode ser de ofício e na invalidez relativa. Pode-se dar por ato (correção do anterior), ou por fato (ocorre a preclusão e o ato passa a ser válido).

A ratificação, a reforma e a conversão são os três meios sanatórios do ato administrativo empregados pela Administração Pública.

a) Ratificação ou Confirmação – aponta o vício anterior do ato, para considerá-lo sanado desde a origem, suprimindo a ilegalidade cometida. Serve para convalidar (confirmar) o ato;

b) Reforma – conserta o ato preservando-lhe o conteúdo e a finalidade; ou seja, seleciona a parte incólume de um ato, não afetada de ilegalidade, para prestigiá-la, conservando-a;

c) Conversão -- é o ato administrativo pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos (*ex tunc*) à data do ato original. O objetivo é aproveitar os efeitos já produzidos, procurando salvar o ato ilegal, reagrupando as suas peças válidas para com elas estruturar novo ato, porém legal.

Ante o exposto, e pela vasta construção pretoriana e doutrinária, inequivocamente a anulabilidade do ato administrativo mostra-se como uma realidade, apesar do posicionamento de alguns administrativistas, especificamente Hely Lopes. Assim, tanto a invalidação como a convalidação do ato jurídico, na seara do Direito Administrativo moderno, aparecem como mecanismos capazes de restaurar a operatividade do ato anulável, através do resgate de sua legalidade.

Referências Bibliográficas

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

A CRISE NO DIREITO PENAL

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução – 1 O simbolismo – 1.1 O abolicionismo – 1.2 O garantismo – 1.3 O direito penal mínimo – 2 Criminalidade moderna: a proteção ao meio ambiente – 3 O meio ambiente como bem jurídico e sua relação com a Constituição Federal – 4 Direito penal funcionalista e meio ambiente – 5 A ação penalmente relevante – 6 A pena – 7 Culpabilidade e o direito de intervenção – 8 O Direito penal comparado – 8.1 Alemanha – 8.2 Itália – 8.3 A Espanha – Conclusão

Introdução

O Direito Penal moderno tem-se detido precipuamente em alguns temas, dentre os quais o seu sistema atual; os direitos humanos e a proteção dos bens jurídicos; os fins destes no Estado contemporâneo; a prevenção geral positiva e negativa da pena; a evolução do conceito de ação, conduta; sem falar nas constantes remissões às teorias da imputação objetiva e da culpabilidade, ao simbolismo outorgado ao Direito Penal e à tutela penal do meio ambiente, abrindo-se aqui as discussões acerca da responsabilidade da pessoa jurídica.

Diante da análise dos temas inseridos na metodologia do Direito Penal, mormente da teoria geral do crime e da pena, destaca-se a inovação brasileira quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente, Lei n. 9.605/98, tornando-se, assim, necessária a realização de uma minuciosa análise dessa inovação à luz dos conceitos reitores do Direito Penal.

Desde logo, o objetivo deste trabalho é o de demonstrar a impossibilidade de enquadramento da responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico-penal brasileiro tal como ele se encontra, servindo a referida lei, ao lado de outras, para expressar ao Direito Penal uma função que ele não tem, qual seja, a de representar uma função simbólica.

Assim, a metodologia empregada será a da justaposição de alguns desses elementos basilares do Direito Penal frente ao tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, despida da preocupação de se proceder à exaustiva análise filosófico-doutrinária.

1 O Simbolismo

Após a análise dos resultados obtidos pelo Direito Penal ao longo de seu desenvolvimento no tocante à realização da justiça, alguns estudiosos, inconformados com a posição atual, desenvolveram sistemas vistos como solucionadores dos conflitos, identificados pela concretização da falência da intervenção estatal nas relações sociais ao aplicar pena e pela realização da Justiça consensual.

Pela não-interferência estatal nas relações sociais em razão da hipossuficiência instrumental do Estado, desenvolveu-se, principalmente na Europa, a teoria do abolicionismo, marcada por seu posicionamento extremo. De outro lado, e até mesmo recepcionado não só pelo sistema jurídico brasileiro mas também pela maior parte dos ordenamentos estrangeiros, o sistema de justiça consensual ganhou força entre nós através da edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, n. 9.099/95, possibilitando a efetividade do processo através de solução consensual, pela via da conciliação.

De outro lado, enuncia uma moderna doutrina jurídico-penal que o Direito Penal está em crise. Essa crise é revelada pela antinomia liberdade e seguridade, expressada pela tensão existente entre prevenção e garantias, ou entre legalidade e política criminal¹. Em seqüência, fala-se ainda numa crise de legitimação, questionando-se a justificação dos recursos por parte do Estado destinados à máquina penal. Nesse sentido, explica o Prof. Silva Sánchez que essa crise teve começo nos anos sessenta, no momento da ruptura em definitivo do esquema tradicional de um Direito Penal retributivo proporcionado pelas idéias filosóficas de Kant e Hegel quanto aos fins da pena, ultrapassadas que foram pela teorias escandinavas e norte-americanas, que valorizavam a prevenção especial ressocializadora e o tratamento do delinqüente.²

Ainda na atualidade, um novo conflito se estabelece, precisamente entre as teorias da função instrumental e da função simbólica da pena.

Pela teoria da função instrumental da pena, afirma-se que esta se legitima porque protege bens jurídicos e previne a comissão de delitos mediante a prevenção geral negativa (intimidação) e a prevenção especial (positiva e negativa). Pela segunda teoria, da função simbólica da pena, considera-se que esta se legitima não por sua função instrumental-preventiva, mas porque afirma a vigência das normas penais e consolida os valores que há por trás de si, mediante a retribuição; ou seja, a pena é porque deve ser, porque deve imperar a Justiça, por meio da prevenção geral positiva. (A pena tem por finalidade, não preventiva

¹ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.13.

² SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.15.

em sentido clássico, de confirmar a validade das normas e integrar os cidadãos conforme a lei.)³

Contudo, ultrapassada essa fase reconhecida como de avanço nas estruturas penais, marcada pela despenalização, houve um retorno aos processos de incriminação, sem, contudo, a concretização de verdadeiros conceitos de bem jurídico como supedâneo a essas novas figuras penais, pondo-se em dúvida a necessidade de proteção jurídico-penal.

Ainda na lição atualizada do Prof. Silva Sánchez, essa tendência incriminadora manifesta-se através de uma legislação claramente simbólica ou retórica, sem possibilidades reais de aplicação útil.⁴ Essa legislação expansiva acaba por chocar-se com outras duas tendências. A primeira defende um Direito Penal mínimo, ressaltando a vertente garantística do Direito Penal, e põe de manifesto uma total descrença ante a eficácia preventivo-especial (ressocializadora) do mecanismo punitivo mais característico: a pena privativa de liberdade. Já a segunda tendência argumenta que a pena privativa de liberdade, espinha dorsal do sistema penal, antagoniza-se com as modernas instituições de política criminal e com o Direito Penitenciário, com amparo na inidoneidade da prisão para reinserir o condenado na sociedade, destarte favorecendo, como produto dessa concepção, uma permanência mínima na prisão. Por esse posicionamento, será efeito do Direito Penal apenas o poder estigmatizador do intimidatório ou submetimento de um agente a um processo penal e no fato simbólico de uma eventual imposição de pena.⁴

O Brasil tem sido palco de uma produção intensa de leis penais de cunho simbólico, eivadas de forte carga moral e emocional, com manifesta intenção de manipulação da opinião pública, fazendo crer à população que age o Governo contra a criminalidade e que assim o faz no interesse público e social. Foi assim na edição primeira da Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, no seu retoque através da Lei n. 8.930/94, para fazer incluir o crime de homicídio qualificado, e, mais recentemente, estendendo o rigoroso no que concerne aos remédios falsificados.

Esses manipuladores do Direito, em especial do Direito Penal, atribuem-lhe um julgamento moral ou de carga moral, quando na realidade esse julgamento não pertence ao Direito Penal. A moral deve ficar completamente afastada do moderno Direito Penal, não havendo se falar mais em intensidade de dolo ou de culpa. E hoje, a se extrair das lições do Prof. Dr. Chaves Camargo nas aulas que

³ ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal*, p.90.

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de derecho penal*, p.16.

ministra no curso de pós-graduação da USP, o Direito Penal, inclusive, direciona-se para a extinção da figura dolosa e culposa, uma vez que o agente, quando realiza o comportamento, deixa de estar no domínio do fato, não podendo ser o responsável pela assunção de qualquer resultado, aqui recordando-se as sérias polêmicas para distinguir se determinado delito foi cometido na forma dolosa ou culposa, como se fosse possível introjetar-se na mente do agente para se descobrir qual o seu desiderato.

Não obstante o acima alegado, mais recentemente, com a descoberta das falsificações havidas em remédios, como que num passe de mágica, foi promulgada e publicada lei penal tipificando comportamentos envoltos na área da saúde pública, notadamente destinada aos laboratórios e seus responsáveis.

Assim, está configurada a denominada crise do Direito Penal, corroborada pela extensão da norma e seu embrutecimento, pelo simbolismo e pela retórica, e, de outro lado, pela comprovação, até mesmo através dos estudos da criminologia moderna, de que a pena de prisão é incapaz de inserir ou de reinserir o condenado na sociedade, sem falar ainda na crise material havida em todo o sistema penitenciário, mormente o brasileiro.

1.1 O Abolicionismo

Entretanto, e paralelamente à concepção de diminuição da intervenção estatal nas relações sociais, vê-se que, no Brasil e no mundo, há uma crescente onda de violência urbana, sendo alarmantes os índices de criminalidade, aqui denominada individual, coletiva e organizada, além de uma nova criminalidade ou criminalidade moderna, entendendo-se esta como sendo a atinente não só aos considerados crimes clássicos previstos no Código Penal, mas também às novas ou recentes figuras penais, tais como os crimes econômicos, ambientais, contra a saúde pública (tráfico de drogas, por exemplo), contra o mercado de capitais etc., chegando-se a ponto de a violência ocorrida em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro levar ao óbito mais pessoas do que algumas guerras espalhadas pelo planeta, como a recente guerra que envolveu a Bósnia e a Croácia.

Diante dessa falácia humana e do fato de as próprias ciências criminais terem sido incapazes até aqui de diminuir a criminalidade, o que é corroborado ainda pela superpopulação do sistema penitenciário e pela hipossuficiência na prestação jurisdicional adequada, surgem outros "sistemas penais", preocupados em repensar o papel da teoria geral do delito, da pena e do próprio direito de punir por parte do Estado, alcançando-se a extremidade desses pensamentos

justamente o abolicionismo do discurso punitivo moderno, também encarado como criminologia crítica.

É o abolicionismo o modo mais radical de enfrentar a realidade do Direito Penal, entendido como potestade punitiva do Estado, assinalando a substituição do Direito Penal por outras formas não punitivas de resolução dos conflitos denominados de delitos.⁵

Um importante dado é o de que o abolicionismo surgiu em países que adotam predominantemente a ressocialização do infrator, tendo sido já constatado o seu fracasso, verificando-se em países como os Estados Unidos, Holanda e os escandinavos. Os principais autores internacionais dessa corrente são Louk Husman, da Holanda, Thomas Mathiesen e Nils Christie, da Escandinávia, e Sebastian Scheerer, da Alemanha. No Brasil, ergue-se o nome de Roberto Baptista Dias da Silva, entre outros.

Em rápida análise desse contexto, conquanto possua íntima relação com o direito de punir, preconiza-se que o sistema penal, tal como se vê desde os primórdios dos tempos, não é a única forma de lidar com as violências, visto que apenas impõe a punição, deixando de lado o acordo, privilegiando o ato criminoso isolado, negando a diversidade existente na vida social, preocupando-se com o criminoso e esquecendo-se da vítima.⁶

Ao ver dos posicionamentos teóricos acerca do assunto, o sistema penal, desde que concebido pelos homens até a presente vertente, assim o foi para solucionar problemas de natureza criminal ocorridos dentro da própria sociedade, quando valores por ela protegidos fossem ameaçados e/ou lesados. Mas, no campo visual da realidade cotidiana, vê-se que os índices de reincidência são extremamente elevados, e de difícil verificação é a reinserção do indivíduo na sociedade após o cumprimento da pena, não conseguindo o caráter preventivo do sistema punitivo funcionar frente aos infratores das normas. Assim, o sistema penal, em vez de solucionar esse trágico quadro, apenas o agrava e cria novos problemas.

Como fecho dessa concepção teórica, para a pacificação da violência, em vez do manuseio do sistema penal punitivo, entendido aqui como ortodoxo, estimula o abolicionismo a conciliação entre as pessoas envolvidas no problema, com orientação de pessoas estranhas ao litígio, a fim de que pensem e criem uma

⁵ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.18.

⁶ SILVA. Abolicionismo, criatividade e satisfação. Comentário feito acerca do texto: "Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal", da lavra do Prof. Louk Hulsman, in: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, p. 214.

resposta para o fato ocorrido, buscando-se nessa integração uma solução que satisfaça às partes.

Diz-se que a grande contribuição dessa teoria é a humanização defendida em vista da falência do direito de punir do Estado, incompetente em ressocializar o infrator e possibilitar-lhe um cumprimento de pena digno à qualidade de ser humano.

1.2 O garantismo

Surge a proposta garantística sob o fundamento de acentuar-se o papel das garantias formais aos cidadãos, notadamente ao agente processado e ao condenado, em face da decepção acerca da capacidade do ideal socializador, com seus problemas de facticidade e licitude para legitimar por si só o exercício do *ius puniendi* e o rechaço categórico dos excessos da denominada ideologia de tratamento.⁷

Segundo Ferrajoli,

“A palavra garantismo pode ser compreendida sob três acepções: pela primeira, garantismo designa um modelo normativo de direito, quanto ao Direito Penal, de extrema legalidade, próprio do Estado de Direito. No plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva”.⁸

O movimento garantístico recebeu a denominação de “neoclassicismo”, sendo seu ponto de partida a crítica à ideologia de tratamento e suas manifestações mais destacáveis, como por exemplo a sentença indeterminada.⁹

⁷ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.34.

⁸ FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 851-852.

⁹ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.34.

Diante dessa primeira premissa, extrai-se que busca esta teoria submeter “a controle o poder punitivo do Estado, exigindo-se do mesmo uma estrita vinculação aos princípios de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e estrita proporcionalidade”, sem se falar nas garantias formais inerentes ao suspeito, ao processado e ao condenado.¹⁰

De outro lado, esta teoria também não é isenta de críticas. Talvez a mais contundente seja a de que ela é por demais limitada, em vista de que é direcionada apenas aos aspectos formais da intervenção do Estado, não tratando de questões como a da efetiva diminuição da intervenção penal, de sua redução ao estritamente necessário.¹¹

1.3 Direito penal mínimo

Já dizia o art. 8º da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791 que a lei não deve estabelecer penas senão quando estritamente e evidentemente necessárias.

Por essas considerações, a intervenção estatal só se deve verificar quando efetivamente necessária, no que acarreta a formação do princípio do Direito Penal mínimo, que propõe, ao contrário do que defende a teoria do garantismo, a redução dos mecanismos punitivos do Estado ao “mínimo necessário”.

A questão que fica é a de se saber qual é esse mínimo necessário. Reportando-se a Ferrajoli, diz o Prof. Silva Sánchez que o Direito Penal mínimo é aquele que tem que ser primariamente o mínimo necessário para evitar a violência social informal, ou, o que legitima o Direito Penal é a minimização da violência na sociedade.¹²

Assim, diz Ferrajoli que “um sistema penal está justificado unicamente se a soma das violências, vinganças e punições arbitrárias que ele, Direito Penal, pode prevenir, é superior às violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas para eles cominadas”.¹²

Portanto, esse Direito Penal mínimo pode ser entendido em três sentidos: de máxima redução quantitativa de intervenção penal, de lhe ser destinada a mais ampla extensão de garantias formais e de exclusão de métodos de intervenção coercitiva.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.36.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.37.

¹² SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.38.

2 Criminalidade moderna: a proteção ao meio ambiente

Acerca da criação de sistemas no ordenamento jurídico, peculiarmente de defesa do meio ambiente, foi a Lei n. 6.938/81 que primeiramente sistematizou a matéria, traçando a Política Nacional do Meio Ambiente, embora algumas leis sancionatórias já se encontrassem em larga aplicação, como é o caso do Código Florestal, do Código de Caça, do Código de Pesca etc. No âmbito penal da norma em questão a referida lei tratou de estabelecer as primeiras figuras delituosas.

Em que pese a importância adquirida pela Lei. n. 6.938/81, restava ainda a necessidade de se possibilitar à defesa do meio ambiente alguns meios mais rápidos e eficazes de tutela. Nesta sequência, foi o Direito Processual Civil o pioneiro. Em 1985, o legislador, pressionado pela necessidade de tutelar no âmbito civil os interesses difusos e coletivos, notadamente o meio ambiente, isso em razão do despreparo do ordenamento processual civil para dirimir conflitos de massa, considerado então como ortodoxo e individualista, editou a Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347, dando surgimento, assim, ao primeiro microsistema processual de importância reconhecida.

Em continuação, agora em 1990, editou-se o Código de Defesa do Consumidor, que, além de regular as relações de consumo, alterou profundamente conceitos processualistas, como v.g. o de estender os efeitos da coisa julgada favorável à proteção do direito difuso e/ou coletivo àqueles que não fizeram parte da relação processual, e também alargou o rol ativo da relação processual, fazendo-se incluir algumas pessoas jurídicas antes não previstas, como por exemplo as pessoas jurídicas descaracterizadas, de tal forma que, harmonizando-se expressamente com o já criado sistema de ação civil pública, fez-se novamente utilizar os dispositivos do Código de Processo Civil benéficos a esta tutela.

Destarte, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, juntos, formam um microsistema processual capaz de solucionar os conflitos de massa e de tutela.

Senão o bastante, em 1995, o legislador pátrio possibilitou uma série de reformas no Código de Processo Civil, entre outras a chamada tutela antecipada, esculpida no art. 273, e a tutela específica, erguida no art. 461. Esses dois dispositivos têm em comum a antecipação de um resultado que só viria com a manifestação jurisdicional quando da prolação de sentença. Assim, possibilitou-se, no tocante à ação civil pública ambiental, que o seu operador, entre outros o Ministério Público, pudesse utilizar desses novos instrumentos

para a proteção ambiental, materializando-se através da consecução da suspensão das atividades da empresa, antecipação da recuperação do meio ambiente degradado etc.

Paralelamente à responsabilidade civil já delineada, entendeu-se que os diplomas normativos de natureza penal já editados não eram suficientemente capazes de tutelar o meio ambiente de forma geral. Nesse sentido, discutia-se se o dispositivo constitucional do art. 225, §3º, criara ou não a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A questão ainda perdura, contudo com predominância entre os defensores desse novo tipo de responsabilidade penal, até mesmo em face da edição da Lei n. 9.605/98, que fixou entre nós sanções penais.

Antes disso, porém, ao lado das ciências criminais, pode-se dizer que a Lei n. 9.099/95, instituidora dos juizados especiais criminais, criou o primeiro microssistema de grande importância. Em que pese a esse microssistema receber críticas contundentes direcionadas em grande parte à não-obediência plena do princípio da culpabilidade, ele se mantém íntegro e "hermético", conseguindo sobreviver e responder com tranquilidade às questões que lhe são postas.

Alcançando o dispositivo bandeirante da responsabilidade penal da pessoa jurídica trazida pela lei em apreço, com total respeito às opiniões favoráveis a sua inserção no sistema, entendo que, da forma como se apresenta, não há como essa modalidade de responsabilidade penal sobreviver cientificamente à luz dos princípios cardiais do Direito Penal, como será exposto a seguir.

3 O meio ambiente como bem jurídico e sua relação com a Constituição Federal

Inicialmente, ressalta-se que é grande a discussão para se compreender ou para se definir o que sejam bens jurídicos. Contudo, pode-se dizer que a função primordial do Direito Penal é a proteção dos denominados bens jurídicos, como também é a de limitar a intervenção do Estado nas relações sociais.

Quanto à concepção de bem jurídico, a propósito, esse conceito é inerente apenas a este campo das ciências sociais, o Direito Penal, não se podendo estendê-lo aos outros ramos do Direito, como v.g. o Direito Civil. Ele figura como consequência do postulado da garantia, impedindo não só a intensificação dos aspectos subjetivos estranhos à realidade social, mas também a interferência do poder autoritário do aplicador da lei sobre condutas que, mesmo juridicamente relevantes, não ofendam esses bens jurídicos.

Em se considerando que a Constituição Federal traz em si os princípios

máximos da Justiça que se quer impor, qualquer ofensa relevante ao bem jurídico protegido penalmente terá que ser cotejada com os princípios constitucionais de natureza penal.

Assim, o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.

A relação do Direito Penal com a Constituição Federal se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração ao direito, e o conceito do que é o direito tem de ser deduzido do que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça expressa no ordenamento constitucional. Logo, a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência, do caráter ético social e, por acréscimo, na proteção de bens jurídicos particulares.

Portanto, é preciso buscar na Constituição a gênese e a função social do bem jurídico. Sabe-se que através dos tempos e das constituições torna-se sempre necessária uma revisão acerca dos bens jurídicos, no sentido de se estabelecer quais deverão ser protegidos, através do processo de criminalização, e, em contrapartida, quais não mais deverão ser protegidos, de forma a se descriminar e/ou despenalizar figuras abrangidas pelas leis penais que não ofendam significativamente os novos interesses tutelados, perdendo, pois, sua relevância social. São exemplos dessa reformulação a Lei n. 9.099/95 e a penalização de fatos até então atípicos que, diante da Carta da República, passaram a ter relevância social, como, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, através da Lei dos Crimes Ambientais.

Por essas considerações, levando-se em conta o atual regime constitucional, uma lei penal anterior só poderá ser recepcionada quando for congruente com a norma constitucional, ou seja, quando a lei penal tutelar bem jurídico protegido constitucionalmente, situação em que passa a ter eficácia e validade.

Diante disso, o Direito Penal reconhece os bens jurídicos ditados pelo desenvolvimento social. Dessa forma, é o bem jurídico o conteúdo da tipicidade, e só a partir deste pode-se dar um conteúdo ao injusto. Assim, é o bem jurídico o ponto de união entre a dogmática e a política criminal, isto é, entre a teoria do delito e a realidade social, sem se esquecer de que para a formação de uma figura delituitosa é necessária a reunião de alguns aspectos, tais como: incidência maciça, condição aflitiva que se impõe à sociedade, resistência a este

comportamento, e, por último, formação de um juízo de política criminal.

Para exemplificação do que se afirma, basta direcionar a atenção para o uso de bebidas alcoólicas. Sabe-se do seu poder destrutivo e potencializador de degradação social, contudo, o uso não é criminalizado em face da inexistência de um juízo negativo de política criminal, diferentemente do que ocorre com o uso de outras espécies de droga.

Ao lado da função garantidora, indicando o que e por que se protege, e que por isso se sanciona, apresenta o bem jurídico uma função material, qual seja, a de fornecer conteúdo ao injusto, isto é, à tipicidade e à antijuridicidade. Dentro do critério da significação social, surgem excludentes da tipicidade, quais sejam: a contribuição da vítima à realização do crime, a falta de relevância social, o princípio da insignificância, entre outros, a serem extraídos a partir do caráter fragmentário do Direito Penal.

Conforme Hassemer, o princípio da proteção dos bens jurídicos enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico. A partir desse ponto de vista, o Direito Penal manifesta-se como instrumento de controle social que só pode ser acionado para a proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis, pretendendo mais influir no campo da política criminal e restringindo como bens jurídicos penalmente relevantes somente objetos palpáveis, concretos e delimitáveis.¹³

Esses bens jurídicos traduzem-se pelo interesse primário da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, são bens jurídicos individuais.

Importante ressaltar que, quando as pessoas se comportam em conformidade com o Direito, assim o fazem não por obra do Direito Penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária.¹⁴

Frente aos posicionamentos dogmáticos aqui estabelecidos, e em se considerando a preocupação dominante dos povos quanto à manutenção da qualidade de vida e a manifesta adesão do Brasil, foi que o legislador constituinte de 1988 ergueu a proteção ao meio ambiente em capítulo próprio, precisamente no art. 225, contudo, e anteriormente, já tendo estabelecido no art. 170, inciso VI, que trata da Ordem Econômica e Financeira, a defesa do meio ambiente como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Nessa linha de raciocínio, fala-se que todo crime tem por pressuposto a

¹³ HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 52.

¹⁴ HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 56.

violação de um bem jurídico, sendo expressão de conquista do Estado Democrático exatamente porque o bem jurídico vai determinar se o delito constitui efetivamente uma necessidade na regulamentação de um determinado conflito, ou se o delito é apenas um instrumento de poder do Estado sem respaldo algum na manutenção de qualquer sistema que o Estado queira preservar.

Gunther Jakobs depura sem descanso os conceitos básicos do Direito Penal de todo componente descritivo, isto é, referido à realidade. Exemplo disso é a idéia que concebe acerca do bem, como sendo uma situação ou fato valorado positivamente.¹⁵

Pode-se dizer, em outras palavras, que o citado autor empreende a tarefa de uma geral renormatização dos conceitos sistemáticos da parte geral do Código Penal. Em sua opinião, dado que a dogmática jurídico-penal de base ontológica quebrou-se absolutamente, é preciso preencher de conteúdo a totalidade dos conceitos dogmáticos a partir das funções do Direito Penal. Assim, conceitos como os de causalidade, poder, capacidade, culpabilidade, entre outros, perderiam seu conteúdo pré-jurídico, surgindo unicamente por relação com regulamentações jurídico-penais.

O método puramente normativista de Jakobs, que rechaça qualquer delimitação descritiva (desqualificada por ele como naturalista) dos conceitos dogmáticos, remete para a interpretação dos conceitos exclusivamente a funcionalidade sistemática em relação com o sistema que em cada momento se utilize como Direito Positivo.¹⁶

Contudo, frente à recepção daquele sistema, produzida no começo do século, o sistema de Jakobs mostra duas vantagens substanciais: por um lado, Jakobs põe-se a salvo de cair no relativismo axiológico mediante o reconhecimento da prevenção geral, no sentido de exercitante na fidelidade ao Direito, como função preponderante do *jus puniendi* do Estado; por outro lado, ao proceder à funcionalização dos conceitos dogmáticos, pode apoiar-se nas categorias da teoria sociológica dos sistemas.¹⁷

Sua primeira crítica recaiu sobre o conceito de culpabilidade, cujo entendimento tradicional, como poder atuar de outro modo, está errado, devendo, ao contrário, obter a culpabilidade seu conteúdo exclusivamente do fim de prevenção geral. Outra crítica é que considera errada toda delimitação entre

¹⁵ HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 56.

¹⁶ SCHÜNEMANN. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p.44.

¹⁷ SCHÜNEMANN. *El sistema moderno del derecho penal*, p.69-70.

dolo e imprudência realizada em virtude do critério descritivo psicológico da consciência.¹⁸ Afirma que só o defeito cognitivo deve exonerar da pena mais grave do delito doloso, de modo que, por essa razão, segundo ele, no caso de um defeito volitivo, como o de uma falta de reflexão por indiferença, unicamente resulta adequada a pena do delito doloso.

Em suma, pelas considerações feitas, insere-se perfeitamente o meio ambiente como bem jurídico.

4 Direito penal funcionalista e meio ambiente

Metodologicamente, diz-se que o Direito Penal das conseqüências cumpriu relevante papel no desenvolvimento e formação de princípios. Hoje, contudo, a sociedade moderna reclama um novo Direito Penal, e este se apresenta como "instrumento efetivo da política interna ou de segurança pública, rejeita sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental e desvencilha-se pouco a pouco dos grilhões representados por esses princípios".¹⁹

Pelo denominado Direito Penal funcionalista, há de se entender como sendo um instrumento de solução de conflito, e esta premissa basicamente vai transparecer Vogo. na pena, em se considerando os processos de modernização da sociedade e os seus respectivos instrumentos de política criminal. Contra a argumentação funcionalista do Direito Penal recaem algumas críticas, dentre as quais a da falta de fundamentação filosófica, sendo ele voltado exclusivamente ao pragmatismo. Na linha do funcionalismo é que se caracteriza e se aceita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mormente em relação aos delitos de natureza ambiental, também podendo inserir-se os delitos contra o consumidor, a ordem econômica etc., em que os bens jurídicos tidos como universais ou de interesse coletivo, como é o caso do já citado meio ambiente, ganham predominância em face da tutela dos bens individuais, sendo mais uma vez importante a ressalva feita por Hassemer, que sentencia que o Direito Penal moderno deve estar preparado para combater a criminalidade moderna, necessitando para tanto de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim.¹⁹

Quando se fala em funcionalismo do Direito Penal, surgem três grandes concepções, uma de cunho social, defendida por Winfried Hassemer, outra que eleva a política criminal, de Claus Roxin, e a terceira, de Gunther Jakobs, no

¹⁸ SCHÜNEMANN. *El sistema moderno del derecho penal*, p. 45.

¹⁹ HASSEMER. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*.

sentido de revalorizar a norma. Diz Jakobs que o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade.²⁰

Só sobre a base de compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma pode-se ter uma relação inseparável entre ambas, e, nesse sentido, uma relação racional.

A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não se toma como princípio de evolução, nem tampouco como sucesso que deva solucionar-se de modo cognitivo, senão como comunicação defeituosa, sendo imputado esse defeito ao autor como culpa sua. Dito de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outra forma. Nessa concepção, a pena não é tão-só um meio para manter a identidade social, mas constitui esse mesmo mantimento.

O funcionalismo afirma que o que tem de ser resolvido é sempre um problema do sistema social, e isso dá lugar a que seja objeto de crítica em um duplo sentido: por um lado, desde a perspectiva das teorias puras da justiça, e por outro, pela exclusiva referência funcional ao sistema social. Para completar o panorama assinalado e feita a afirmação de que para o desenvolvimento de regras jurídicas, é dizer, para o trabalho dogmático, a prestação externa do sistema jurídico deve ser tomada como pressuposto desde a perspectiva interna do sistema jurídico, se se quer obter conclusões que não sejam meramente casuais.

Todas as instituições dogmáticas dignas de menção no Direito Penal moderno, desde a imputação objetiva até o conceito funcionalista ou a teoria do discurso sobre a culpabilidade, discorrendo sobre a possibilidade de excluir a responsabilidade no caso de desconhecimento da norma até a possibilidade de fundamentar a responsabilidade por ingerência, etc., não poderiam ter-se desenvolvido desde uma perspectiva puramente interna ao sistema jurídico que não tivera em conta a função da normatividade jurídica. Com isso, é possível que o funcional se tenha apresentado como justo.²¹

Seja como for, a solução de um problema social através do Direito Penal tem lugar, em todo caso, por meio do sistema jurídico enquanto sistema social-parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é

²⁰ JAKOBS. *Sociedad, norma, persona en una teoria de un derecho penal funcional*, p. 10.

²¹ JAKOBS. *Derecho penal*, p.12-13.

impossível separar o Direito Penal da sociedade. O Direito Penal constitui um cartão de apresentação da sociedade altamente expressivo, ao igual que sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante viáveis sobre o Direito Penal.

Existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que, ao inverso, ao Direito Penal pode recordar a sociedade que se devem ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis.

Diante desses posicionamentos dogmáticos que ainda são desconhecidos do legislador brasileiro e de grande parte da doutrina é que se acena para a possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, isto é, funcionalmente é viável incriminar-se uma pessoa jurídica por delito cometido contra o meio ambiente.

5 A ação penalmente relevante

Entende-se que a ascensão à condição de responsável penal por parte da pessoa jurídica deva-se ao fato de a mesma poder servir de instrumento para a prática de crime ambiental, ou dessa prática auferir lucro. Paralelamente, grande parte da doutrina moderna do Direito Penal concebe a ação como elemento integrante do conceito analítico de crime, ao lado da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Na justaposição do conceito de ação com a nova responsabilidade penal, por si só não se poderá nela falar, porque, imperativamente, a pessoa jurídica não pratica ação tal como concebido no sistema ortodoxo de Direito Penal. Neste, ela é um ser anímico, quem pratica a ação em seu nome poderá ser um dirigente ou quem lhe faça as vezes.

Diante dessa primeira afirmativa, seja pelo conceito de ação da teoria hegeliana, pela qual ação é a exteriorização da vontade moral, ou da teoria causalista ou naturalística, que preconiza que ação é todo o ato expressado por movimento corporal proveniente da vontade que ponha em perigo interesse protegido, ou pela teoria finalista tradicionalmente concebida, que entende que o que define a ação humana é a finalidade que se baseia no saber causal do homem, pois este pode prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua atividade futura, ou através das novas concepções finalistas, tais como a

teoria social da ação, a política criminal, a normativista etc., não há como reconhecer que pratica ela, a pessoa jurídica, uma ação ou omissão.²²

Os adeptos da teoria de que a pessoa jurídica pratica ação servem-se de teses civilistas (Savigny, Girk e outros) para fundamentá-la, em manifesta exorbitância dos conceitos civilistas no pensamento jurídico-penal.

Contra a inserção do posicionamento civilista no Direito Penal, conseqüentemente, se a pessoa jurídica não pratica ação, resultarão negativos o nexo de causalidade e o juízo de imputação objetiva, que, a propósito, ainda é tema de pouca divulgação no Brasil, mas é do conhecimento dos alemães desde 1927 e 1930, com Larenz e Honig.

A título de um breve esboço histórico, a doutrina causalista concebeu, em sua primeira época, o nexo entre a ação e o resultado como uma mera relação de causalidade, é dizer, em termos naturalísticos (ontológicos). Constatada essa relação, entendia-se realizado o tipo objetivo. Entretanto, como ressaltado acima, a teoria, criada na Alemanha, elaborou uma nova explicação para essa relação, basicamente em termos normativos, axiológicos, denominada de imputação objetiva. Em síntese, vem a dizer que ao tipo objetivo não interessa qualquer relação causal, senão aquela jurídico-penalmente relevante.

Pela imputação objetiva, restringe-se o âmbito da aplicação da norma, e essa restrição haverá de incidir na ação propriamente dita. Em outras palavras, somente será ação, para fins penais, aquela que demonstrar ser relevante ao Direito Penal, para apenas após se realizar o raciocínio de subsunção à norma.

Leciona o Prof. Chaves Camargo que a imputação objetiva procura analisar o resultado a partir de tipos penais que descrevem situações como um processo complexo de comunicação entre tais sujeitos, ou um sujeito e um coletivo. A interação própria a um processo comunicativo é o que há de se destacar.²³

Entende o citado mestre que a função específica da imputação objetiva é a adequação, através de critérios normativos de excludentes de tipicidade, que, sem encontrarem um lugar na causalidade, eram forçados a se transformar em condutas típicas. Diante disso, firma posição de que a imputação objetiva não é elemento de tipicidade, sendo melhor posicioná-la na antijuridicidade.²³

Quanto ao posicionamento da imputação objetiva, prefiro afastá-la tanto da antijuridicidade quanto da tipicidade, apenas para isolá-la no conceito da ação.

²² JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 19-37.

²³ JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 102.

Assim, e ainda na lição do Prof. Chaves Camargo, a imputação objetiva permite que se analise a existência da causalidade e, a partir desta, a valorização da conduta típica, pois, presente a voluntariedade para a causação do resultado de acordo com o tipo penal, estaremos diante de um crime.²⁴

Há de se entender que a imputação objetiva é uma teoria que depura a ação no sentido de que, sendo ela relevante, a partir de então é que se realizará o raciocínio de enquadramento à norma.

Exemplo dessa “depuração” da ação se dá no crime culposos, uma vez que, não infringido um dever de cuidado na realização de um risco permitido, o resultado ocorrido não poderá ser imputado ao agente.

Portanto, se a pessoa jurídica não pratica ação ou omissão, não pode ter contra si a aplicação de uma pena, pois, se assim ocorresse, estar-se-ia defronte de uma responsabilidade objetiva, ainda mais se se considerar que uma pessoa jurídica, em especial a sociedade anônima, com ações no mercado de capitais, tanto tem diretores e sócios conhecidos como também sócios desconhecidos, e estes, que não tomaram decisão alguma ou realizaram qualquer comportamento penalmente relevante, figurariam como partícipes e seriam indiretamente responsabilizados, precisamente em razões monetárias.

Conseqüentemente, por razões lógicas, ela, pessoa jurídica, não poderia lesar o bem jurídico meio ambiente, tampouco receber uma reprovação social no requisito da culpabilidade, nem mesmo obedecendo-se à moderna aceção de necessidade de aplicação da pena. Ainda que se pudesse falar em lesividade ao bem jurídico, outro descompasso diante de tantos poderia ocorrer, qual seja, o de se reconhecer uma excludente da ilicitude ao agente que assim tinha conhecimento de que agia, o mesmo não se estendendo à pessoa jurídica.

Mas não é só. Ainda que fosse ultrapassada a teoria geral do delito, isso apenas hipoteticamente, melhor sorte não lhe restaria no tocante à pena e suas conseqüências jurídicas, sem falar ainda no processo penal.

Reconhecendo as dificuldades dogmáticas tradicionais para acolher penalmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, Claus Tiedman enumera as noções fundamentais de ação, culpabilidade e capacidade penal, fundamentando que a ação penal está sempre ligada ao comportamento humano e a culpabilidade parece significar uma reprovação ética ou moral, que estaria excluída no caso da pessoa jurídica, posto que não poderia ser a destinatária ou o sujeito passivo de penas criminais que possuem finalidade preventiva e retributiva.²⁵

A essas questões, responde o mesmo autor que de maior dificuldade e compreensão é o fato de não serem aplicadas à pessoa jurídica verdadeiras penas, mas sim sanções quase que de natureza penal, além do que, se pode a pessoa

²⁴ JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 102.

jurídica violar obrigações contratuais firmadas por ela própria, isso quer dizer que pode a pessoa jurídica atuar de maneira antijurídica, mesmo porque existem normas jurídicas de natureza econômica e social que são destinadas unicamente à pessoa jurídica.²⁵

Por todas essas considerações, entendo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo modelo da ação/omissão, tal como concebida, não se enquadra no modelo tradicional já de conhecimento, conquanto se reconheça uma necessidade político-criminal de sancionar diretamente essas pessoas jurídicas. De qualquer sorte, fixado um conceito de ação ou omissão exclusivamente para a pessoa jurídica, a teoria da imputação objetiva continuará a ser pertinente em sua adoção.

6 A pena

O princípio da legalidade norteia tudo que se refere à pena, a começar de que ela deve estar mencionada na lei penal sancionadora, em respeito e obediência ao Estado Democrático de Direito.

Levando-se em consideração a nova lei ambiental, n. 9.605/98, no tocante à fixação da pena, é evidente que o aplicador da lei terá grande dificuldade em aplicá-la, ao menos da forma como se encontra a regra primária e geral erguida no art. 59 do Código Penal. Como seria a análise da conduta social, da personalidade..., o mesmo podendo-se dizer dos incisos inscritos no art. 6º da nova lei ambiental, que nada mais é senão um *plus* do dispositivo legal antes invocado.

As penas possíveis de se aplicar à pessoa jurídica estão descritas na parte geral da nova lei; contudo, os preceitos secundários das normas de tutela do meio ambiente descrevem somente penas que podem ser aplicadas à pessoa humana. Perguntar-se-ia: O juiz, ao aplicar a pena para uma pessoa jurídica, deve desconsiderar o preceito secundário estabelecido naquela norma e buscar, automaticamente, a norma prevista na parte geral? Isso porque não poderia o magistrado aplicar uma pena privativa de liberdade à pessoa jurídica e depois convertê-la em uma pena restritiva de direitos. A busca dessa pena também não feriria o princípio da individualização da pena, deixando ao arbítrio único do juiz escolher a pena dentre as previstas? E resta ainda a dúvida: o tempo da pena

²⁵ TIEDEMANN. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, p. 33.

restritiva de direitos à pessoa jurídica varia de acordo com o mínimo e o máximo da pena prevista no preceito secundário da norma?

Não obstante essas questões pragmáticas, mais importante que isso é a vulnerabilidade do princípio da personalidade das penas, resultando duvidoso seu caráter de sanção proporcionado e adequado às garantias materiais individuais do Estado Democrático de Direito.

Senão o bastante, a pena de multa e a obrigação de reparação do dano, que, em tese, são as mais indicadas para aplicação, não restaram suficientemente claras. Pela pena de multa, a lei ambiental não aponta um critério de valoração, remetendo ao Código Penal. Entretanto, este é específico para a pessoa física, pois fala em dias-multa. E mais, é sabido que, entre a degradação havida ao meio ambiente e sua efetiva reparação, muito tempo, ou até mesmo anos, pode-se passar. Diante disso, uma pessoa jurídica que cause um dano ambiental e por ele venha a ser condenada corre o risco de ter que cumprir por anos e anos sua pena, isso se a degradação que perpetrar for suscetível de reparação.

Por tais considerações é que se afirma que a lei ambiental, concebida tal como o foi, quebra de vez com a tão sonhada regra da proporcionalidade da pena, verificando-se que melhor seria se o legislador deixasse à esfera civil-administrativa a obrigação de reparar o dano.

Os tipos penais descritos na norma são comuns para pessoas físicas e jurídicas, conquanto as penas não o sejam. A se ver pela energia dessas penas verdadeiramente administrativas, notadamente pela suspensão parcial ou total de atividades e interdição temporária de estabelecimento, obra ou finalidade, são estas desproporcionais com as penas privativas de liberdade e restritivas de direito já tradicionalmente concebidas. Diante dessas colocações não estariam os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade efetivamente lesados?

Enfim, são questões suscitadas, que apontam a imperfeição técnica legislativa empregada pelo legislador pátrio e que haverão de impedir o pleno uso da norma protetiva ao meio ambiente.

7 Culpabilidade e o direito de intervenção

Outro grande problema trazido pelo modernismo da responsabilidade

penal da pessoa jurídica se dá quanto à aviltação do conceito tradicional e até mesmo do conceito moderno de culpabilidade. "A culpabilidade determina a reprovação, quando presente a consciência da ilicitude. Faltando esta consciência, por erro de proibição invencível, ou, por uma exculpante, não se concretiza a reprovação penal."²⁶

Com o surgimento desta nova criminalidade, envolvendo crimes ambientais, econômicos, de saúde pública, entre outros, além de uma peculiar importância aos denominados crimes de perigo, repensa-se o real papel do Direito Penal, mormente quanto à culpabilidade, entre outros temas. Isso porque o Direito Penal clássico e especificamente a culpabilidade e suas causas de exclusão não resolveram os problemas atuais da criminalidade.

Ao contrário, naquilo que chama o Prof. Hassemer de Direito Penal simbólico, os instrumentos existentes não são aptos contra a criminalidade moderna e, senão o bastante, dispôs-se o Estado a uma imensa produção legislativa, mais repressiva, como v.g. o aumento de penas, impossibilidade de progressão do regime de pena, crime hediondo, os especiais delitos de racismo, motivados pela tutela do bem jurídico honra etc., isto é, proporcionando à sociedade uma reação política, uma reação simbólica, reação em sentido de um gesto, de um símbolo. É o funcionalismo do Direito Penal como tranquilizante; contudo, a longo prazo, a sociedade, de uma forma geral, verificará, ou já verificou, tratar-se apenas de uma reação simbólica.²⁷

A criminalidade moderna não é violenta, há a internacionalidade do crime, a profissionalidade e profissionalismo deste.²⁷ Ainda, há a proteção contra a investigação policial, o despreparo material do Ministério Público enquanto titular do exercício da ação na *persecutio criminis in judicio*, à luz da ausência de conhecimentos técnico-científicos etc., não se verificando sequer a propositura de ações penais, ou, quando esta se verifica, impõe-se a excessiva demora no transcurso do processo, até mesmo pelo sistema atual, geralmente ocasionando-se absolvição ou até mesmo a extinção do *jus puniendi*.

Frente a essas considerações relativas à incapacidade do Direito Penal em solucionar os problemas advindos da moderna criminalidade, o Prof. Hassemer sustenta a necessidade da criação de um "novo Direito", ao qual denomina Direito de Intervenção.

Para este conceituado professor da Universidade de Frankfurt, temos os grandes problemas de uma sociedade moderna de riscos, e esses problemas

²⁶ CAMARGO. *Culpabilidade e reprovação penal*, p.201

²⁷ HASSEMER. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p.95.

devem ser minuciosamente observados. Pelo chamado Direito Penal clássico, não os resolveremos, ao contrário, destruiremos os princípios gerais e as garantias deste Direito, hoje elevados ao grau constitucional nos países inseridos como integrantes de um Estado Democrático de Direito. Surge, pois, o Direito de Intervenção, de natureza eminentemente preventiva, onde não se deve falar em culpa e inocência, que possa ter garantias fundamentais menores, materializando-se como um híbrido de Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Civil, no tocante à teoria dos atos ilícitos, com elementos de mercado, tornando-se, portanto, um Direito eficiente.

Afastando-se o tradicional Direito Penal clássico como instrumento solucionador desses novos conflitos sociais, também afastada estará a teoria da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade moderna decorre da estrutura do Estado Democrático e está baseado não mais numa mera reprovação formal, mas numa demonstração efetiva de que o agente estava capacitado a motivar-se de acordo com a norma porque a norma era adequada a essa motivação.

Um outro aspecto reside em que a culpabilidade hoje é vista sob outro ângulo: não é meramente um princípio de reprovação, não é mais acolhida com o juízo puro e simples de reprovação, mas possui elementos materiais que são fundamentais para este juízo.

É indiscutível que a culpabilidade reflete um conflito social, assim como o delito, e é impossível descartar do campo da culpabilidade exatamente os elementos materiais desse conflito social. E se exige, portanto, para fundamentar-se a culpabilidade, que o agente que vai ser motivado pela norma esteja em condições de defender o bem jurídico, porque só é possível fundamentar a culpabilidade de alguém não só com base na capacidade de motivação da norma mas também na situação concreta, ou seja, se o agente, com base na sua função social, encontrava-se em condições de defender o bem jurídico.

A oportuna lição do prof. Hassemer faz-se impor neste instante, mormente quando assevera que "a moderna dogmática da culpabilidade busca critérios para precisar o conceito de poder geral num campo próximo: nos fins da pena".²⁸

Esse "novo Direito" recebeu do prof. Hassemer o nome de Direito de Intervenção, no qual um dos cerne de sua efetivação é a não-formação do juízo de culpabilidade, para, em seu lugar, destinar maior importância à prevenção.

²⁸ HASSEMER. *Fundamentos del derecho penal*, p. 290.

É destacada, dessa forma, a ineficiência do denominado Direito Penal clássico e também de seu instituto, a culpabilidade, para a pacificação das relações sociais.

8 O Direito Penal comparado

Analisando-se o presente tema frente aos países historicamente reconhecidos por sua tradição jurídica, Alemanha, Itália e Espanha, estes ainda recuam em admitir em suas legislações a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, conquanto que parte da doutrina assuma que esta tende a ocorrer.

8.1 A Alemanha

Pelo reconhecido avanço que possui a dogmática jurídico-penal alemã, cumpre-se aqui alinhar alguns comentários.

Diz H. Achenbach que o direito alemão desconhece a punibilidade no sentido estrito das empresas, buscando sempre a responsabilização de uma pessoa natural que atua em nome dela.²⁹ Contudo, o referido autor, após exaurir os pontos controvertidos da aceitação dessa responsabilização com o tradicional Direito Penal, considera ser possível fundamentar, de forma independente, a existência de uma responsabilidade da empresa e de outras associações de pessoas que sirva de base legítima para a imposição de sanções às associações.

8.2 A Itália

A dogmática penal italiana, que até bem pouco tempo serviu de inspiração para muitas legislações, concebeu o Código Rocco, em 1939, manifestação inequívoca do tecnicismo jurídico, mantendo-o até o presente, apenas com algumas modificações, pois não estava voltado para a hoje considerada criminalidade moderna, ao contrário.

Sem prosseguir na escada epistemológica do Direito Penal, diz Vincenzo Militello que também a Itália não conhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em face da inexistência de diploma normativo que possibilite proceder-se a esta análise, sendo certo que o Código Penal italiano adotou o princípio do

²⁹ SILVA SÁNCHEZ. Responsabilidade penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p.382.

societas delinquere non potest de modo rigoroso.³⁰ Ao final de seu artigo, leciona o professor italiano afirmando a tendência de se criminalizar esta pessoa, contudo havendo uma grande distância até se chegar o momento próprio.

8.3 A Espanha

Tal como na Alemanha e na Itália, pelos delitos praticados no âmbito de uma empresa, na Espanha só respondem as pessoas individuais. Contudo, diz Silva Sánchez que uma doutrina dominante percebe a existência de uma necessidade político-criminal de se sancionar diretamente as pessoas jurídicas. Ao mais, as mesmas questões de choque entre as teorias dominantes e essa moderna responsabilização econômica passam a ser uma realidade das nações mais desenvolvidas.³¹

Conclusão

Atualmente fala-se que o Direito, e especificamente o Direito Penal, está em crise. Essa crise recebe forte carga moral-emocional, tornando-se o Direito penal instrumento de simbolismo e de retórica do discurso pragmático feito pelos governantes, a se ver pelos últimos diplomas normativos, mormente da responsabilidade penal da pessoa jurídica e do controle penal da saúde pública em face da falsificação de remédios.

Choca-se essa intervenção com os modernos conceitos trazidos pela criminologia e pela dogmática penal, já que ambas acenam contra o excesso de prisão. Em decorrência dessa concepção, surgem alguns movimentos, como por exemplo o do abolicionismo crítico, radical em si, preconizando o afastamento do Direito Penal na solução dos conflitos sociais, buscando-se, em vez do *ius puniendi*, a solução consensual. Bem menos radical é a teoria do garantismo, que em seu seio não prega uma diminuição do *ius puniendi*, mas apenas a obediência cega às garantias formais postas à disposição dos cidadãos.

A Lei 9.605/98, que instituiu a responsabilização penal da pessoa jurídica, trouxe ao cenário nacional questões de debate já conhecidas na Europa. Tutela a citada lei o meio ambiente, tema das mais árduas e sérias preocupações dos povos.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ. Responsabilidade penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p.413.

³¹ SILVA SÁNCHEZ. Responsabilidade penal de las empresas y de sus órganos en derecho español, p. 357.

Elevado a categoria constitucional, reforçou-se definitivamente o tema meio ambiente como bem jurídico penal, decorrendo daí a necessidade de se proceder ao estudo do tema bem jurídico frente à realidade brasileira atual, buscando-se no direito comparado novas acepções.

Na análise da defesa do meio ambiente, vê-se um conjunto de instrumentos de tutela urgentes postos à disposição do operador do Direito, como os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, entre outros. Entretanto, a prestação jurisdicional rápida trazida pelo processo civil não foi suficiente para convencer os políticos pragmáticos, vez que estes imputaram às pessoas jurídicas capacidade penal. Importante ressaltar que, pelo que ordinariamente acontece, a sentença penal será prolatada após os provimentos jurisdicionais de urgência prolatados na esfera cível. A probabilidade de ser utilizada a "prova emprestada" do processo civil no processo penal é grande; caso contrário, as mesmas teriam que ser reeditadas, e é de conhecimento que o Ministério Público não tem condições de produzi-las, tendo em vista os grandes custos financeiros que as norteiam; e, por fim, servindo-se mais uma vez das regras de experiência, o momento em que for prolatada a sentença condenatória não terá o condão de pôr em prática as concepções trazidas pelas modernas teorias de prevenção.

Essa inovação legislativa alterou drasticamente os conceitos tradicionais inerentes ao Direito Penal, como v.g. o da ação, da culpabilidade, das teorias da pena etc.

Diz-se que a pessoa jurídica não é motivável, pois não pode receber a ameaça da lei. Os que podem ser motivados são os administradores das empresas, seres humanos que atuam em nome da sociedade.

As pessoas jurídicas não praticam ação no sentido de uma ação final. Por não praticarem ação, a fundamental teoria da imputação objetiva fica prejudicada de adoção, tal como posto no sistema brasileiro.

Ainda, a teoria geral do delito baseia-se no comportamento de um ser humano e não é aplicável aos entes sociais e coletivos.

Igualmente, a pena é endereçada ao ser humano, tendo finalidade de prevenção geral e especial, positiva e negativa, e, mais uma vez, tal como posto no ordenamento, acrescentando-se ainda a sua má redação, surgem fortes dúvidas acerca de sua aplicação, sendo necessária a realização de um mirabolante raciocínio por parte do aplicador do Direito.

Diante de tão severas críticas, para a perfeita incriminação da pessoa jurídica é imperiosa a criação de um microsistema, tal como já o fora concebido quando da tutela do meio ambiente no âmbito extrapenal. Acerca desse sistema,

visando-se tornar o Direito Penal instrumento solucionador de grandes conflitos trazidos pela modernidade, concebeu-se o denominado sistema funcionalista de Direito Penal, justamente com a missão de solucionar esses conflitos modernos.

Um sistema que traduza um novo conceito de ação, de imputação objetiva, de culpabilidade e de pena, ou melhor, como defende o prof. Hassemer, a criação de um novo Direito, ungido de forma híbrida, com elementos do Direito Penal, do Direito Civil, no tocante à teoria dos atos ilícitos, do Direito Administrativo e, por fim, de elementos do mercado de capitais, em que a culpabilidade, tal como a conhecemos, estaria afastada, dando margem inclusive à possibilidade de obtenção de provas obtidas à margem do sistema constitucional, pois o que de fato importa é a instrumentalização dos meios preventivos de impedimento da ocorrência do crime.

A pena, como tema principal do Direito Penal, nesta lei foi mal cuidada, surgindo dúvidas quanto à sua aplicabilidade e quanto à sua proporcionalidade, a se ver pela pena de multa, de reparação do dano etc.

O problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser repensado, como também deve ser repensada toda a dogmática jurídica penal; caso contrário, essa responsabilização penal não logrará aceitação e efetividade no Direito, havendo de se aperceber, num espaço mínimo de tempo, o discurso demagógico dos governantes em possibilitar aos povos maior segurança pública.

Referências Bibliográficas

ACHENBACH, H. *Fundamentos de un sistema europeo dei derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1995.

CAMARGO, A.L. Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Saraiva Sugestões Literárias, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria do garantismo penal*. 23. ed. Madrid: Trotta, 1997. Tradução: Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantanero Bandrés.

FERRI, Emico. *Princípios de direito criminal*. Campinas: Bookseller, 1996. Tradução: Paolo Capitanio.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos dei derecho penal*. Madrid: Bosch, 1984. Tradução: Francisco Mufioz Conde e Luis Arroyo Zapatero

— História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 36-71. abr./jun. 1994.

_____. *Perspectivas de uma moderna política criminal: três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Colex, 1994.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo.

_____. *Sociedad, norma, persona en una teoría de um derecho penal funcional. Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Universidad Externado de Colombia; Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, n. 13, 1996.

MILIETELLO, Vincenzo. La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia. In: SILVA SANCHES, Jesus Maria; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, José de Figueiredo (coord.) *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1995.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Centro de Investigación de Derecho Penal, 1996. Colección de Estudios, n. 70. Tradução: Manuel Cancio Meliá.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno dei derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. Tradução: Jesús Maria Silva Sanchez

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; SHÜNEMANN, Bernd; DIAS, José de Figueiredo (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, 1995.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.

DA PREPONDERÂNCIA RELATIVA DA DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE SOBRE A QUE DECRETA A ABSOLVIÇÃO DO RÉU

JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

Ao Estado assiste o direito de punir aqueles eventuais infratores da lei, bastando tratar-se de pessoas imputáveis, direito esse que, sendo em princípio abstrato, torna-se concreto mediante a ocorrência de uma efetiva infração da ordem jurídica, que, pela sistemática pátria, corresponda a um crime ou a uma contravenção penal (há países que têm no “delito” uma terceira figura, sendo que, para nós, tal vocábulo não passa de uma alternativa sinonimial para “crime”).

Uma conduta humana positiva (ação) ou negativa (omissão) somente será considerada violação punível da lei se se revestir de tipicidade e ilicitude e, quanto ao seu autor, de culpabilidade.

Concretiza-se, pois, para o Estado, o direito de castigar, ou seja, de aplicar sanção ao infrator da lei penal (norma que tem por escopo a proteção de determinados bens jurídicos, mediante imposição de pena pessoal ao seu violador), de se concluir que esse fenômeno – chamado “punibilidade” – não é pressuposto, mas consequência da infração.

A punibilidade, ademais, desdobra-se em “pretensão punitiva” (direito do Estado de exigir do Poder Judiciário a aplicação ao infrator da pena prévia e legalmente cominada para a infração) e “pretensão executória” (direito do Estado de, exigindo do Poder Judiciário a execução da sentença penal condenatória, compelir o infrator ao cumprimento da sanção imposta em face da infração cometida).

O *jus puniendi* e o *jus punitiois* estatal, contudo, não são eternos nem inexpugnáveis, podendo ver-se obstados definitivamente mediante o advento de fatos ou atos jurídicos específicos, denominados “causas extintivas da punibilidade”, que, encontradas exemplificativamente no artigo 107 do Código Penal, têm por condão impedir o Estado de exercer seu direito de sancionar os violadores, em pessoa, da norma jurídica de cunho penal.

Referidas causas, que podem ser gerais ou especiais (aplicáveis a quaisquer ou apenas a determinados crimes ou contravenções), comunicáveis ou incommunicáveis (extensíveis, ou não, aos co-autores e partícipes) e perenes ou temporárias (aplicáveis em qualquer época ou limitadamente a certos lapsos

de tempo, como ocorre com a anistia), não fazem com que a conduta do agente deixe, só por si, de ser típica, antijurídica e culpável; todavia, extinta a punibilidade daquele comportamento, torna-se insuscetível de sanção oficial o seu dono, subsistindo o crime ou a contravenção em todos os seus pressupostos.

Mister se faz a inclusão, a esta altura, da regra do artigo 108 do Código Penal, a título de imprescindível complemento: *"a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão"*.

Quanto ao poder da extinção da punibilidade, é ponto pacífico que se trata de matéria de ordem pública, devendo o juiz, em qualquer fase do processo, declará-la de ofício, *ex vi* do dispositivo de número 61 do Código de Processo Penal.

Também é incontroverso que *"a prescrição da pretensão punitiva sobrepõe-se a qualquer outra questão e precede ao mérito da própria ação penal"* (Delmanto, 1998, p. 191), isso porque, como é curial, tratando-se de extinção da punibilidade sob a forma *jus puniendi*, dá-se para o Estado a perda do direito de exigir do Judiciário a prestação jurisdicional, de sorte que fica obstaculizado o julgamento da própria lide ou, em outras palavras, vê-se prejudicado o exame do mérito da causa.

Com efeito, não tendo ainda ocorrido o trânsito em julgado da decisão incriminatória, não há mesmo que se falar em *jus punitionis* e, portanto, o que se tem até agora é o exercício, pelo Estado, de sua pretensão meramente punitiva, via da ação penal pública ou privada.

Ora, desaparecido o direito estatal de ver julgada a lide, tão somente há o juiz de declarar extinta a punibilidade, sustando de pronto o ferimento do mérito (RT 602/325, 652/312, JUTACRIMSP 19/105, 54/422, RTFR 124/195 etc.), porquanto, tratando-se de matéria preliminar, impede a análise do merecimento da causa, ainda que eventualmente fosse a hipótese de absolvição do réu (RT 614/316, 646/299 etc.).

O extinto Tribunal Federal de Recursos assim produziu, em sua Súmula, o Enunciado nº 241: *"A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal"*.

Sobre ser ou não a decisão absolutória mais vantajosa para o acusado, oportuna a advertência de Celso Delmanto: *"se, no final do processo, o juiz verificar provadas a inocência e a prescrição, deve reconhecer esta, por ser matéria de ordem pública, que suplanta até a absolvição"* (Op. cit., p. 194).

É que, realmente, verificada a extinção da pretensão punitiva estatal,

passa a faltar competência, ao magistrado, para avançar no conteúdo de sua prestação jurisdicional, visto que a partir de então deixa o Estado de ter legitimidade para exigir o adimplemento do Judiciário à causa ajuizada. E pelo insuperável obstáculo da *ilegitimatio ad causam*, "*declarada extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, desaparece o poder-dever de punir do Estado, não mais podendo ser proferida qualquer decisão, seja para condenar ou para absolver*" (JTAERGS 93/22).

Malgrado o peso e a contundência de tais lições, digno de nota o abalizado posicionamento do magistrado paulista Chaves Camargo, do egrégio Tribunal de Alçada bandeirante, reproduzido e destacado pelo mestre Paulo José da Costa Júnior, ofertando uma posição intermediária para a questão:

"Algumas decisões têm entendido que o reconhecimento da prescrição retroativa prejudica o exame do meritum causae. Outras proclamam que a prescrição retroativa não impede o exame do mérito: - atingida pela prescrição da pretensão punitiva, a pena se anula e desaparecem os seus efeitos, enquanto impossibilitada a execução pelo Estado da manifestação imposta na sentença.

O Estado na acusação exerce o poder de censurar a ação, estabelecendo o desvalor desta ação para o contexto social, reprovando-a através da acusação.

Assim, se, ao final, se determina que a inércia deste mesmo Estado anulou a sentença, nos seus efeitos, é justo que haja o reexame, da matéria, para, socialmente, recolocar-se o indivíduo no seu verdadeiro lugar dentro do contexto social. Caso haja a confirmação da reprimenda, determinará o Estado a ineficácia da pena, em virtude do decurso do tempo.

De qualquer forma, há necessidade de reexame da matéria, para atender-se o pedido do próprio condenado, que apelou para se ver absolvido e não para o mero reconhecimento dos efeitos da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena em concreto.(...)

O Estado deve possibilitar ao condenado a oportunidade de reexame de sua conduta para constatar-se o acerto ou não da acusação, muito embora, em termos materiais e processuais, o decurso do tempo tenha afastado a

necessidade do cumprimento da pena, ou o motivo da persistência dos efeitos da condenação” (Comentários ao Código Penal – reproduzindo trecho do voto vencido do Juiz Chaves Camargo, do TACRIM-SP – AC 371.997/2 – São Paulo: Saraiva, 1996 . p. 329).

Impressionante, com efeito, o alcance evidenciado por tais sábias lucubrações; não se olvidando a preponderância da questão preliminar que envolve uma causa extintiva da punibilidade (no caso, prescrição penal retroativa). Ainda assim, estaria o juiz obrigado a registrar, às expensas, o valor ou o desvalor da conduta imputada de infracional frente ao contexto da sociedade, reprovando-a, aprovando-a ou, simplesmente, dando-a como indiferente para o conjunto social.

Exatamente como ocorreu no caso concreto trazido à baila, de se concluir por não só justa como recomendável a atitude do julgador, mas apenas nas hipóteses de insistência do réu, via interposição de recurso, para ver decretada sua absolvição, porquanto a recalçitrância é dirigida, em casos que tais, exclusivamente à questão do elemento moral da conduta analisada, estando o acusado a perseguir, aliás provavelmente com razão, a declaração judicial de sua inocência no episódio *sub studio*.

Não há como se ignorar a importância pessoal e política, para o réu, de seu decreto de absolvição, o qual tem ele direito de perseguir, cuidando assim a Justiça de estabelecer, uma vez instada especificamente e por quem tem legitimidade para tanto, a real significação social do comportamento analisado.

Em síntese, a extinção da punibilidade do agente, uma vez detectada, seja em que fase for do processo, deve ser de pronto declarada pelo juiz, inclusive de ofício, por ser matéria de ordem pública, e, em face de sua natureza preliminar, impede a análise do mérito da causa, que ficaria prejudicado, ainda que, eventualmente, fosse a hipótese de absolvição do réu. Exceção se faz quando, em recurso do acusado visando exclusivamente à declaração de sua inocência, fustigando anterior decisão condenatória ou extintiva da punibilidade, deva o Judiciário aferir, como prestação de cunho eminentemente moral, o real significado da conduta imputada de infracional para o contexto da sociedade.

Referências Bibliográficas

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça d Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução – 1 Aspectos históricos – 2 Aspectos conceituais – 3 Órgãos públicos gerenciadores do patrimônio público – 4 Formas de controle – 4.1 Momentos de controle – 4.2 Tipos de controle – 5 Principais ações judiciais defensivas do patrimônio público – 5.1 Ação popular 5.2 Ação civil pública – Conclusão

Introdução

A dilapidação e a inadequada utilização do patrimônio público, no limiar do século XXI, têm tido vasto referencial na imprensa nacional. Diariamente, é possível acompanhar algumas notícias sobre os seguintes assuntos relacionados ao tema: malversação do dinheiro público, políticas públicas deficitárias, corrupção nas entranhas governamentais (SUDAM, SUDENE, VIOLAÇÃO DO PAINEL DO SENADO, OBRAS DO TRT-SP...), ineficiência fiscalizatória dos órgãos internos e externos legitimados, excessiva carga tributária, impunidade administrativa, política e jurisdicional. São fatos graves e que interessam à sociedade brasileira, principalmente em face da causação de irreparáveis prejuízos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e aos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito.

Dentro desse manancial de notícias desalentadoras, no entanto, duas vertentes otimistas destacam-se: primeiro, a imprensa nacional, sem a pertinente imparcialidade e com suas notórias ligações com os poderes públicos e integrantes dos órgãos governamentais eventualmente acusados, vem conseguindo paulatinamente divulgar os fatos e atos administrativos públicos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa; segundo, a sociedade brasileira, aos poucos, assume atitude mais proativa na busca de soluções para os problemas nacionais, inclusive na busca da responsabilização dos culpados.

É possível assegurar que, desde o ano de 1500, sempre existiu a malversação do dinheiro e de outros bens públicos. A nota diferenciadora nas diferentes fases históricas é que, quase sempre, nos períodos ditatoriais a imprensa e os órgãos de defesa da sociedade quedavam-se inertes e em abominável silêncio. Na atual conjuntura, entretanto, a imprensa, o Ministério Público, o Poder

Judiciário, a OAB e respeitáveis segmentos sociais, mesmo com suas deficiências *interna corporis* a transpor, não aceitam os desmandos administrativos e lesivos aos bens públicos com a passividade e o silêncio sepulcral outrora dominante.

O presente trabalho objetiva mostrar as formas, os tipos de controle e as principais ações judiciais utilizadas na defesa do patrimônio público, especificamente na esfera cível e com enfoque eminentemente judicial. Após a conceituação do sentido jurídico do termo será efetuada uma ligeira abordagem histórica. Em seguida, será demonstrada a responsabilidade dos órgãos públicos gerenciadores. Em poucas linhas serão observados os aspectos inerentes aos controles interno e externo, bem como os problemas existentes nos respectivos órgãos legitimados. No final do trabalho, em relação ao controle jurisdicional, será efetuada uma abordagem dos pontos peculiares da ação popular e da ação civil pública, apontando-se suas vantagens, desvantagens e os obstáculos inerentes à sua respectiva utilização.

Dada a relevância e importância do tema versado, as vantagens, desvantagens, críticas e soluções apontadas necessitariam de estudo científico mais aprofundado e criterioso. No entanto, preliminarmente e em linhas gerais, acredita-se que: órgãos públicos controladores eficientes; justiça rápida e eficaz; políticas públicas adequadas; imprensa livre, fiscalizadora e responsável bem como a participação mais ativa da sociedade são os ingredientes aptos a melhorar a defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público brasileiro.

Em suma: a defesa do patrimônio público, em virtude das graves mazelas sociais e dos desmandos administrativos que saltam aos olhos de todos, exige postura isenta, firme e profissional dos órgãos legitimados e a maior fiscalização da sociedade para a implementação das medidas básicas de contenção dos desmandos públicos. A melhoria da qualidade de vida da população brasileira e a reversão do sentimento de impunidade que permeia os lares brasileiros passa, obrigatoriamente, pelo forte controle do patrimônio público, conforme será demonstrado.

1 Aspectos históricos

Desde os primórdios das civilizações o homem preocupa-se com a defesa do patrimônio da coletividade, sobretudo em relação à sua respectiva administração e/ou gerenciamento. Os aspectos preocupantes levam em consideração, notadamente, a realidade cultural dos povos nas diferentes fases históricas. Vale dizer: é necessária a contextualização do estudo na história

mundial para a aquilatação de sua importância universal.

Aliás, a origem da preocupação com a defesa dos bens públicos vem do Direito Romano, confundindo-se com a própria História do Direito. Cada ordenamento jurídico, nas diferentes épocas, portanto, mensura em maior ou menor quantidade os valores culturais inerentes à salvaguarda do patrimônio público. A valorização defensiva do patrimônio público decorre da realidade cultural de cada povo. O certo é que, mesmo com diferentes enfoques e valorações defensivas, sempre existiram preocupações inerentes à salvaguarda dos bens da coletividade.

No Brasil, nas suas diferentes fases históricas, em virtude do poder imperial das elites governamentais e da realidade cultural, o patrimônio público não tem recebido defesa mais eficiente, apesar da existência de disposições legais protetivas, inclusive no âmbito constitucional. A história brasileira de defesa do patrimônio público confunde-se com a origem da ação popular. Na verdade, sempre foi tímida, insuficiente e inadequada do ponto de vista operacional.

A sociedade brasileira, desde o período imperial, tem relativizado a importância da correta e eficiente administração e defesa do patrimônio público. A legislação constitucional e infraconstitucional, ao longo da história, tem dado pouca importância a tema de tamanha magnitude social. Ora, legislação deficitária e pouca aptidão da sociedade para a defesa do patrimônio público levam, quase sempre, ao empobrecimento patrimonial e cultural da humanidade.

Ultrapassada a fase mais antiga, efetivamente foi com a ação popular, no ano de 1965, que a sociedade brasileira ganhou inestimável instrumento jurídico-processual de defesa do patrimônio público na esfera cível. Muito embora, na atualidade, a citada lei esteja defasada em seus contornos e finalidades, na época de sua criação foi o marco inicial da significativa defesa dos bens e do patrimônio público. Na verdade, os escândalos e os gastos ilícitos do dinheiro público serviram de embasamento para o surgimento da ação popular. Na época, restou claro que a tipificação dos crimes contra a Administração Pública, no Código Penal de 1940, era insuficiente para impedir, ou pelo menos dificultar, o crescimento dos desmandos administrativos, bem como para efetivar o integral retorno do acervo patrimonial desfalcado.

No entanto, embora com aspectos processuais e materiais relevantes, a ação popular jamais foi utilizada adequadamente e em sua plenitude material. Assim, motivado pela relativa aptidão do cidadão brasileiro em defender a causa pública, pelas nefastas ingerências políticas e em decorrência da pequena eficácia

das ações penais, o legislador ordinário implantou, no ano de 1985, a denominada ação civil pública. De contornos e finalidades mais abrangentes e graves, tem-se mostrado, na atual conjuntura nacional, o instrumento jurídico-processual mais eficiente na ampla defesa do patrimônio público. Historicamente, é possível uma ligeira e rápida confusão entre a aparição nacional do Ministério Público e a consolidação do uso da ação civil pública.

A Constituição Federal de 1988 alargou e melhorou sensivelmente os dois institutos processuais. Posteriormente, com a criação da Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, definitivamente permitiu-se a eficaz defesa do patrimônio público. Na realidade, a denominada Lei do Colarinho Branco – titulação coloquial da Lei nº 8.429/92 – foi o marco decisivo, pois, além de buscar a reparação integral dos danos, integralizar a possível indenização, atingir os direitos políticos dos envolvidos, protege os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, independentemente de quaisquer danos patrimoniais.

Ressalte-se, finalmente, ainda que de passagem, que, em virtude dos constantes desmandos e desvios administrativos, especialmente em relação aos provocadores de danos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, entrou em vigor a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, n. 101, de 4 de maio de 2001. De natureza complementar, por conseguinte superior à legislação ordinária, tipificou, no âmbito penal, várias condutas lesivas ao patrimônio público. Assim, a completa defesa do erário exige ações penais, civis e administrativas.

2 Aspectos conceituais

A Administração Pública possui o dever de zelar pelos bens integrantes do acervo público nacional. Os bens de toda natureza, se pertencentes à coletividade, possui a Administração Pública como sua natural e legítima tutora. A definição de patrimônio público, instituto administrativo de largo espectro, muito embora indesejável no plano legislativo, é conveniente no aspecto pedagógico, sobretudo pela possibilidade de alargamento da visão sobre o tema.

É possível afirmar, ainda que de forma genérica e com base no Código Civil brasileiro, que os bens públicos diferem-se dos bens particulares pela sua titularidade e/ou domínio e pela sua finalidade. Vale dizer, se pertencentes aos

particulares, denominam-se bens privados; se da coletividade, bens públicos. Assim, os bens pertencentes às entidades públicas ou nas quais o Estado participe recebem a denominação jurídica de patrimônio público.

O termo patrimônio público possui vários significados no plano social, econômico e cultural. A real explicitação do seu significado meramente jurídico, objeto precípua deste trabalho, demanda incursão nos ensinamentos dos administrativistas de renome nacional. Cada autor enfoca o significado jurídico do termo a partir do ângulo adequado à sua visão específica. No entanto, a definição jurídica, via de regra, leva em maior consideração o objeto jurídico tutelado. Nesse aspecto, o autor HUGO NIGRO MAZZILLI¹ traz definição de fácil assimilação. Vejamos:

"Patrimônio público é o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, arqueológico ou turístico, ou ainda de caráter ambiental.

Esses interesses compreendidos na noção de patrimônio público podem ser defendidos em juízo tanto pelo próprio Estado, como pelo cidadão ou pelo Ministério Público..."

Verifica-se, portanto, que a definição trazida pelo renomado autor paulista homenageia o objeto jurídico a ser defendido e/ou tutelado pela Administração Pública e pelos órgãos e pessoas legitimadas.

Na mesma linha da definição jurídica acima, é possível acrescentar, parafraseando HELY LOPES MEIRELLES,² que o patrimônio público é formado pela totalidade de bens e coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Em linhas gerais, torna-se importante acrescentar que a significação do patrimônio público é de crucial importância e de largo alcance para a implementação formal de sua defesa e tutela. É possível acrescentar que, sempre que as pessoas físicas e jurídicas, independentemente de sua qualidade funcional, auferirem, gerenciarem ou receberem bens públicos, sujeitar-se-ão ao controle preventivo e repressivo do patrimônio público. Assim, é certo afirmar que o conceito de patrimônio público deve ser buscado no Código Civil, por meio dos arts. 65-68 e pela Lei da Ação Popular.

¹ MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p.153.

² MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p.435.

3 Órgãos públicos gerenciadores do patrimônio público

O patrimônio público, seja na esfera federal, estadual ou municipal, possui gestores próprios, segundo a legislação constitucional vigente. Muito embora pertença a todos, para sua adequada administração, zelo e controle, torna-se importante que existam nos respectivos órgãos públicos, segundo a lei, titulares da gestão, controle e gerenciamento patrimonial. Cabe, portanto, à União, Estados e Municípios e aos demais integrantes da administração direta ou indireta, por meio de seus respectivos representantes, a gestão do patrimônio público. Os órgãos públicos, em escalas diferenciadas de atuação e responsabilidade, possuem o dever de administrar o patrimônio público. O dever emana da lei e da própria Constituição Federal. É necessário destacar que o simples gerenciamento e controle, exatamente como na iniciativa privada, refoge aos limites do trabalho. Didaticamente, seria possível informar, adotando-se a definição jurídica extraída da ação popular, inclusive para fins de responsabilização civil, política e administrativa, que o gerenciamento e controle do patrimônio público cabe à União, Estados, Municípios, entidades estatais e paraestatais e fundações. Assim, aos representantes legais das respectivas pessoas jurídicas de direito público é outorgado o poder-dever de conservação, gerenciamento, controle e defesa do patrimônio público e as respectivas responsabilidades decorrentes. Assim, da responsabilidade pelo gerenciamento e controle exsurge a responsabilidade civil, penal e administrativa.

4 Formas de controle

Os vocábulos “controle” e “defesa” inserem-se na conceituação mais ampla de gerenciamento do patrimônio público. Na verdade, de maior amplitude, o gerenciamento abarca o controle, a defesa e vai mais longe, ou seja, além de resguardar, procura melhorar a qualidade e a quantidade do patrimônio público. Muito embora por meio do controle e da defesa resguardem-se os bens, sobretudo pelo impedimento de sua dilapidação, inclusive com as melhorias decorrentes das ações preventivas e repressivas, o gerenciamento adota a negociação pública mais ampla no campo da licitude e da legalidade administrativa, como premissa de atuação, mediante os atos e contratos administrativos específicos. Na verdade, é difícil diferenciar controle e gerenciamento em virtude da aparente

identidade de resultados. No entanto, didaticamente, é possível a assertiva de que o gerenciamento atrai para o seu interior o controle e a defesa do patrimônio público. Da mesma forma que o particular gerencia, controla e defende seu patrimônio individual, os integrantes da Administração Pública também exercem as mesmas atividades, porém com maior carga de responsabilidades e limitações, pelo fato de que gerenciam, controlam e defendem o patrimônio da coletividade. Destacada a especificidade do controle e da defesa, observa-se a necessidade do estabelecimento das formas e dos momentos de atuação dos órgãos públicos. Na realidade, exigem-se atos concretos e específicos para a garantia da integralidade e melhoramento das atividades.

4.1 Momentos do controle

Em primeiro lugar, é preciso enfatizar que não existem momentos específicos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais para a deflagração do controle e da defesa do patrimônio público. Vale dizer, a qualquer tempo e em qualquer lugar, as ações inerentes devem ser intentadas pelos legítimos responsáveis e pela própria sociedade, se vislumbrado o dano real ou presumido. Como exemplo, destaca-se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, na forma do art. 37, § 5º, da Magna Carta. Em síntese, a base temporal das possíveis ações circunscreve-se à potencialidade de dano patrimonial.

Didaticamente, seria possível a divisão em controle preventivo e repressivo, adotando-se como parâmetro exclusivo a época da ocorrência das condutas omissivas ou comissivas lesivas ao patrimônio público. O controle, portanto, pode ser deflagrado antes ou depois da ocorrência dos resultados.

No controle preventivo, por meio de ações judiciais, políticas e administrativas específicas, busca-se impedir e/ou pelo menos dificultar o surgimento dos danos patrimoniais decorrentes das condutas. No repressivo, da mesma forma, com a existência da causação do dano ou presente a ilicitude civil ou administrativa, busca-se a recomposição integral do patrimônio público lesado. A distinção avulta de importância na medida em que, no Brasil, culturalmente, são mais enfatizados os aspectos repressivos. Vale dizer, outorga-se pouca ênfase, inclusive pela sociedade e pela imprensa nacional, aos aspectos preventivos de controle e defesa do patrimônio público. Mesmo sendo mais eficientes, não se empresta o valor devido.

O controle preventivo, de muito maior alcance e importância, inicia-se desde a escolha dos futuros candidatos nas respectivas convenções partidárias;

passa pela livre escolha dos gestores públicos nas eleições; na assunção dos respectivos mandatos e, finalmente, na livre gestão patrimonial dos bens públicos. Ou seja, a escolha de governantes e administradores antenados com a defesa do patrimônio público e a moralidade administrativa é a grande arma da sociedade contra a corrupção e os desmandos governamentais. Em síntese, administradores públicos despreparados geram irreparáveis prejuízos à sociedade.

Portanto, dentro das ações judiciais e/ou administrativas passíveis de deflagração protetiva, apresenta-se fácil visualizar a existência dos dois momentos, utilizáveis de acordo com o surgimento efetivo ou potencial dos danos ao patrimônio público: preventivo e repressivo.

4.2 Tipos de controle

A partir das formas genéricas – preventivas e repressivas – os controles são desdobráveis em: político, administrativo e jurisdicional.

As ações inerentes ao controle político nas atividades específicas dos poderes legislativos possuem razoável magnitude, porém pouca funcionalidade. Ao verificar a trajetória da específica atividade legiferante, percebe-se que, entre as discussões preliminares nas comunidades, apresentação dos projetos e a entrada em vigor das leis, os parlamentares possuem um vasto e fértil caminho para a discussão e defesa do patrimônio público. Entretanto, as ações desenvolvidas pelo Poder Legislativo são relativamente ineficazes.

No plano repressivo, as CPIs têm servido de extraordinário remédio contra as falcatruas lesivas à sociedade, praticadas pelos próprios encarregados do controle e da defesa do patrimônio público. Muito embora criadas com exagerado sentimento político-partidário, quando bem empregadas melhoram significativamente a qualidade de vida da sociedade, seja indicando as punições devidas, seja recomendando medidas profiláticas ou aplicando as sanções políticas pertinentes (advertência, suspensão e cassação dos direitos políticos).

Entretanto, apesar dos avanços significativos, os legisladores brasileiros pouco fazem nas várias esferas de controle governamental do patrimônio público. Algumas vezes, *advogando em causa própria*, são os primeiros a contribuir para a dilapidação do patrimônio. Os exemplos circunstanciais são: gastos excessivos com viagens e diárias, aumento exagerado dos próprios vencimentos; contratação irregular de auxiliares etc. O controle político, assim, em virtude dos graves problemas enfrentados pelas casas legislativas, não goza do aparente respaldo popular.

No plano do controle administrativo, cabe aos representantes legais da

sociedade utilizar-se das formas de verificação da legalidade e da finalidade pública dos atos administrativos praticados. É certo afirmar que a própria Administração Pública, nas três esferas governamentais, pode e deve defender o patrimônio público independentemente de qualquer controle externo ou provocação. Vale acentuar: pode e deve agir de ofício, ou seja, sem qualquer provocação da sociedade.

A anulação dos atos e contratos administrativos, motivada pela existência de eventuais ilegalidades e/ou ilicitudes, bem como a revogação, sedimentada pela falta de conveniência e oportunidade, e o interesse público são institutos administrativos-procedimentais de importância crucial para o bom desempenho da Administração Pública.

Na prática, porém, observa-se que os institutos preventivos e repressivos de controle administrativo são pouco utilizados e, portanto, relativamente ineficazes. Os integrantes da Administração Pública, em abominável omissão, na maioria das vezes preferem aguardar as decisões do Poder Judiciário para cumprir a lei, mesmo sabedores das ilegalidades praticadas. Assim, a relativa ineficácia do controle administrativo reforça a necessidade do socorro às vias jurisdicionais.

O controle jurisdicional dos atos e contratos administrativos é amplamente utilizado no Brasil e vem se tornando um dos meios mais eficazes de defesa do patrimônio público, apesar das falhas circunstanciais existentes. Muito embora, em épocas passadas, principalmente nos períodos ditatoriais, o Poder Judiciário não tenha obtido êxito na busca do cumprimento integral de suas decisões, na atualidade a sociedade brasileira acredita cada vez mais no Judiciário, principalmente naqueles integrantes que obliteram e anulam os escusos atos administrativos.

É obrigatório destacar que, principalmente no primeiro grau de jurisdição, vários juízes cultos, destemidos e ativos vêm adotando sérias medidas para conter a malversação do dinheiro público, no bojo das ações civis públicas deflagradas pelo Ministério Público.

Modernamente, o Poder Judiciário tem aceitado a discussão sobre a legalidade e a legitimidade dos diferentes atos administrativos. Muito embora ainda presas à vetusta diferenciação entre atos vinculados e discricionários, percebem-se relevantes avanços nas discussões inerentes aos aspectos internos e externos de validade, legalidade e legitimidade dos atos.

Apesar dos avanços científicos, é voz corrente e majoritária nos tribunais que o Judiciário não pode avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas, atos e contratos administrativos, especificamente nos atos discricionários. Ou

seja, a conveniência e a oportunidade administrativa refogem, por completo, ao controle jurisdicional. Na verdade, a antiquada idéia de não adentrar no âmago das ações administrativas, no fundo simplesmente transfere o ônus da malversação do dinheiro público para a sociedade. Infelizmente, o Brasil não goza dos sistemas de controle inerentes à França e Portugal.

Sob o singelo e confortável manto protetor da conveniência e da oportunidade administrativa, são praticadas graves condutas violadoras dos princípios constitucionais que ordenam a atuação da Administração Pública – legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade. É clássico o exemplo do Prefeito que, para prejudicar o desafeto político, mediante atos formalmente perfeitos, promove a desapropriação de propriedade particular e efetua o pagamento da indenização somente após o trânsito em julgado da expropriatória, utilizando-se o longo caminho judicial para causar prejuízos aos desafetos políticos. Vale dizer, por via oblíqua e moralmente ilegítima, prejudicou o particular, ao dificultar o pagamento, pelo simples fato de postergá-lo no tempo. Nesse parâmetro, a timidez do Poder Judiciário precisa ser vencida.

Em resumo, observa-se que todos os controles possuem vantagens e desvantagens. O seu aperfeiçoamento dos mesmos exige, obviamente, o empenho da sociedade e dos integrantes da Administração Pública *lato sensu*. No Legislativo, é fácil visualizar a falta de operosidade nos assuntos afetos à sociedade e a excessiva rapidez na defesa corporativa de seus integrantes. No Executivo, a omissão é a marca distintiva, inclusive com abominável exclusão de responsabilidade na tomada de decisões revogadoras e/ou anulatórias. No Judiciário, a timidez e a politização das decisões na defesa do patrimônio público incomoda a cidadania, dada a aparente timidez das decisões. Portanto, é certo afirmar que, mesmo com as desvantagens do controle judicial, se adotado corretamente, este continua sendo o meio mais eficaz e eficiente de controle e defesa do patrimônio público, tanto no plano preventivo (cautelares) quanto no plano repressivo (condenações).

5 Principais ações judiciais defensivas do patrimônio público

A Constituição Federal garante e prestigia o acesso do cidadão à Justiça, independentemente do objeto jurídico tutelado. Nessa ótica, a defesa do patrimônio público em juízo recebeu especial relevo na Magna Carta, por meio da reestruturação e maior alcance das várias ações judiciais defensivas, dentre as quais destacam-se a ação civil pública e a ação popular. Assim, além do

incentivo constitucional, a sociedade dispõe de relevantes instrumentos processuais de acesso à Justiça, com a finalidade de promover a defesa do patrimônio público.

Entretanto, mesmo fortificada a acessibilidade judicial, os textos constitucional e infraconstitucional estabelecem os limites e as regras de atuação da sociedade ao fixar, previamente e de forma abstrata, os requisitos, as condições da ação e os pressupostos de existência e validade das relações processuais para o eficaz manejo das ações protetoras do patrimônio público.

As eventuais discussões acadêmicas e/ou doutrinárias sobre os requisitos e as formas das ações judiciais cabíveis não devem servir de pretexto para a manutenção e/ou ratificação jurisdicional das ilegalidades civis e administrativas. Vale dizer: os requisitos, as condições da ação e os pressupostos processuais não devem servir de empecilho para a eficiente defesa do patrimônio público. Entre a forma processual e a relevância do conteúdo da relação material defendida em juízo, deve preponderar a última, especialmente em se tratando do patrimônio da coletividade.

O Código de Processo Civil e as demais leis extravagantes estabelecem as várias formas de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. No plano preventivo, sedimentou-se o uso das medidas cautelares, bem como das liminares e das antecipações de tutela. O sistema jurisdicional preventivo possui relevante fundamento para o pronto emprego e aceitação pelo Poder Judiciário: impede a ocorrência dos danos, possivelmente irreparáveis.

No plano repressivo, permitiu-se o manejo das ações de conhecimento, com destaque para a ação popular e a ação civil pública, ambas com assento constitucional. Registre-se no mesmo plano que o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção, ainda que por via reflexa, também protegem o patrimônio público.

O estudo circunstanciado das ações destacadas abaixo – ação popular e ação civil pública – deve-se a três aspectos fundamentais: primeiro, são institutos jurídicos que privilegiam a defesa dos interesses maiores da coletividade de forma indistinta e independentemente da legitimidade dos autores; segundo, são ações judiciais que possuem relevante cunho cívico e reforçam a necessidade da maior participação popular; finalmente, os controles – preventivos e repressivos – desenvolvidos pelos Poderes Executivo e Legislativo são relativamente ineficazes e ineficientes.

5.1 Ação popular

Historicamente, a ação popular deita suas origens no Direito Romano. Naquela época, sempre que estivesse em jogo a *coisa pública*, na expressão de PAULO LÚCIO NOGUEIRA³ caberia a utilização da ação popular nos moldes específicos daquela época.

No Brasil, a Constituição do Império tipificou-a nos arts. 157 e 179, n. 30. As demais constituições federais também trataram da ação popular em maior e menor intensidade, sempre pendentes do momento histórico. As modificações legislativas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, não provocaram divergências conceituais sobre o conteúdo, alcance e limites da ação popular. Um dado interessante reside no fato de que somente as Constituições Federais de 1891 e 1937 não trouxeram a ação popular em seus conteúdos. O certo é que os diplomas constitucionais, dependendo da valoração cultural predominante, sempre procuraram permitir o controle do cidadão em relação à atuação dos administradores públicos.

A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, denominada Lei da Ação Popular, é o diploma legal vigente que cuida dos aspectos materiais e processuais inerentes à tramitação, alcance e conseqüências jurídicas da referida ação. Observe-se que foi criada durante a fase da última ditadura militar. Apesar de sua criação ter ocorrido em plena fase histórica restritiva das liberdades individuais, ela possui elevado espírito de cidadania. Registre-se que na época do seu surgimento foi pouco utilizada devido à própria ditadura militar vigente.

No ano de 1988, com o objetivo de incentivar a participação popular na defesa dos bens e do patrimônio públicos, a vigente Constituição Federal alargou o campo de abrangência e objetos jurídicos tutelados com a expressa inclusão da moralidade administrativa e o meio ambiente. O maior alcance demonstra, inequivocamente, o forte apelo do constituinte à participação popular.

A ação popular possui como uma de suas finalidades básicas, a defesa e o controle preventivo e repressivo do patrimônio público. A citada lei, em seu art. 1º, § 1º, define seu objeto jurídico tutelado da seguinte forma: *Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico*. A Constituição Federal, no art. 5º, LXXIII, reforçou a *actio* estabelecendo: *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*

³ NOGUEIRA. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*, p.94.

administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência.

Ao se compararem os citados dispositivos, torna-se evidente e clara a percepção de que o texto constitucional alargou seu campo de incidência. Vale dizer, de forma expressa, albergou a defesa do meio ambiente, da moralidade administrativa, bem como em relação às entidades em que o Estado participe com seu capital. Reforce-se a assertiva: o maior número de objetos jurídicos tutelados demonstra que os legisladores procuraram incentivar e fortalecer a participação popular no controle político, administrativo e jurisdicional da Administração Pública.

A base da defesa, por meio da ação popular, centra-se na fiscalização dos vícios – inexistência, nulidade e anulabilidade – dos atos e contratos administrativos. A ação busca proteger o erário com a fiscalização dos requisitos de existência e validade dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Qualquer defeito ou vício na formação, desenvolvimento e/ou consumação dos atos provocam a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Esgotados os aspectos históricos e os objetivos genéricos da ação popular, ainda que ligeiramente, torna-se imperiosa a necessidade de destacar alguns aspectos específicos e peculiares da referida ação constitucional.

O primeiro refere-se à legitimidade ativa. Somente o cidadão – no gozo dos seus direitos políticos – possui a possibilidade formal e material de ingressar em juízo. A circunstância marcante reside no fato de que, obrigatoriamente, sob pena de indeferimento liminar, a petição inicial deve ser instruída com a cópia do título de eleitor do autor da ação.

O segundo aspecto refere-se à existência da detecção da *lesão presumida*, nas hipóteses descritas no art. 4º da lei. Nos casos abrangidos pelo dispositivo legal, existe uma presunção de lesividade do patrimônio público, independentemente de qualquer resultado material. Por si só, a prática do ato pressupõe a existência do vício digno de reparo judicial. Pelo óbvio, dispensa-se a produção de provas da culpa, ou seja, basta a demonstração do ato administrativo lesivo para a geração de sua nulificação jurisdicional. É evidente que, na hipótese, foi adotada a responsabilidade civil objetiva.

O terceiro centra-se no fato de que o cidadão defende, exclusivamente, direitos difusos e coletivos da sociedade. É a clássica hipótese da substituição processual. Vale a ressalva de que, muito embora a titularidade

seja exclusiva do cidadão, o objeto jurídico pertence à comunidade defendida.

O quarto parâmetro reside na inexistência da coisa julgada material, se o pedido for julgado improcedente por falta de provas. Nesse caso, surgindo novas provas, torna-se possível a repetição do pedido descrito na ação popular julgada. Assemelha-se, resguardadas as diferenças técnicas, aos mecanismos do possível desarquivamento do inquérito policial, na forma estabelecida pelo art. 18 do Código de Processo Penal. Enfim, são aspectos peculiares diferenciadores das demais ações civis.

No plano prático, apesar da relevância de seus objetivos e fundamentos constitucionais, possui aspectos negativos que merecem estudo mais aprofundado. De plano, chama-se a atenção para quatro circunstâncias que merecem registro superficial.

Primeiro, o cidadão brasileiro não utiliza a ação popular. Comumente, em virtude de nossos traços culturais, da aparente subserviência popular e da dificuldade na colheita das provas, normalmente técnicas, a sociedade aceita as ilegalidades e a dilapidação do patrimônio público com abominável passividade. A comprovação da assertiva surge da simples comparação entre o número de casos de corrupção e desmandos nos governos e a insignificante quantidade de ações populares ajuizadas.

Segundo, a ação é utilizada com cunho predominantemente político-partidário. Normalmente, é usada por políticos que perderam as eleições ou que desejam apenas dificultar o trabalho dos administradores públicos legitimados no pleito eleitoral. Vale dizer: os políticos brasileiros – principalmente os perdedores – são usuários contumazes da ação popular. Exige-se redobrado cuidado para evitar graves injustiças e a paralisação de serviços essenciais à comunidade.

Terceiro, o Poder Judiciário encontra-se ainda apêgado aos postulados dos atos administrativos discricionários e, por isso, não adentra no mérito e nos aspectos subjetivos das práticas administrativas. Conforme destacado alhures, a timidez do ingresso judicial no âmago da motivação subjetiva do administrador, invariavelmente, tem mantido incólumes atos administrativos flagrantemente ilegais. Nesse aspecto, estudos sobre o sistema do contencioso administrativo português e francês demonstram que o ingresso na natureza, finalidade e subjetividade do ato administrativo recebe maior ingerência e/ou interferência dos juízes administrativos.

É certo afirmar que, por falta de especialização dos próprios

juízes, ainda prevalece a forma processual em detrimento do relevante conteúdo do interesse público protegido. Na realidade, sabedor de que as decisões judiciais apenas analisam os aspectos formais da legalidade e da moralidade, sem penetrar e/ou discutir exaustivamente os fatos, objetivos e conseqüências, o cidadão acaba se sentindo desencorajado de buscar a proteção jurisdicional.

Observa-se ainda que os efeitos das decisões que julgam a ação popular são limitados. Não aplicam punições administrativas, civis e políticas cabíveis. Na verdade, limitam-se, tão-somente, a declarar a nulidade dos atos, contratos e/ou práticas administrativas, sem efetivar a punição pessoal do administrador relapso ou negligente. Além dos efeitos limitados impostos pela própria lei, percebe-se que a relativa aptidão de respeitáveis membros do Poder Judiciário para a acolhida da defesa dos interesses difusos e coletivos e também os traços culturais individualistas das sociedades ocidentais são fatores que obstaculizam o correto manejo da ação popular.

Em suma: mesmo com a existência dos problemas apresentados, trata-se de instrumento constitucional de fundamental importância para a democracia brasileira. Seu uso correto deve ser incentivado e recebido com mais sensibilidade pelo Judiciário. É importante ressaltar que muitos juízes brasileiros, em suas decisões, especialmente aqueles mais ligados aos postulados democráticos e de cidadania, proferem verdadeiras aulas de patriotismo ao impedirem e/ou nulificarem os atos causadores de danos ao patrimônio público. Na verdade, se bem empregado, constitui um dos mais importantes instrumentos processuais que legitimam a cidadania, a democracia e o acesso à Justiça.

5.2 Ação civil pública

Desde os primórdios das civilizações observa-se que existe natural outorga de privilégio às ações processuais individualizadas. É ponto comum nas legislações passadas que os sistemas de defesa do patrimônio albergassem a estrita defesa individual. Aliás, os sistemas processuais pretéritos não privilegiavam as defesas dos direitos e interesses coletivos, muito embora essas sempre tenham existido em maior ou menor escala, sempre dependente da cultura dos povos. Na realidade, trata-se de natural decorrência da cultura ocidental.

O fato é que a defesa coletiva somente adquiriu maior importância com

o surgimento dos direitos e interesses das massas, com a globalização mercadológica e com a aparente impossibilidade – material e pessoal – de o Judiciário resolver os conflitos subjetivos na forma individualizada. A defesa coletiva dos interesses coletivos serve, inclusive, para reduzir a numerosa quantidade de ações e recursos em tramitação, normalmente sobre matérias absolutamente repetitivas.

Na década de 70 ocorreu nos Estados Unidos um forte movimento privilegiando a defesa coletiva, principalmente em relação ao meio ambiente e aos direitos dos consumidores. A partir dessa época, os mecanismos e meios processuais de defesa coletiva obtiveram significativas melhorias no alcance, conteúdo e legitimidade. É correto afirmar que a defesa coletiva dos grupos sociais possui mais carga isonômica, seja reduzindo a possibilidade de decisões contraditórias, seja concedendo direitos às pessoas em igualdade de situação.

No Brasil, a defesa coletiva auferiu relevante significado com a implantação da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente. Nessa época, embora vigente a Lei da Ação Popular, percebia-se a necessidade de melhorar a defesa dos interesses coletivos, independentemente do objeto jurídico tutelado.

Após, foram destacados relevantes estudos, principalmente no Ministério Público paulista, com o objetivo de criar o aparato processual necessário para a defesa de outros interesses coletivos e difusos, além do meio ambiente. Após intensas discussões internas e no Congresso Nacional, ainda sem a adequada visão da necessidade do robustecimento das defesas coletivas, surgiu a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, denominada Lei da Ação Civil Pública. Na época, a Presidência da República, mediante veto pontual, reduziu o alcance da ação ao excluir a expressão *qualquer outro interesse difuso*.

Entretanto, com a Constituição Federal em 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, em sentido oposto ao veto, alargaram-se os contornos e objetivos da ação civil pública. Na verdade, ocorreu a reinclusão da expressão excluída no veto presidencial. Vale dizer: os referidos diplomas legais melhoraram significativamente os objetivos, limites e contornos da ação civil pública. No entanto, ainda faltava o instrumento legal que trouxesse, especificamente, as condutas típicas violadoras do patrimônio público e, por consequência, da improbidade administrativa.

Ainda na linha histórica é importante ressaltar que, mesmo com a mistura de matérias de ordem civil, penal, administrativa e processual, o surgimento da Lei n. 8.429, de 3 de junho de 1992, denominada Lei de Improbidade

Administrativa, constituiu o marco decisivo e relevante na defesa do patrimônio público, sobretudo pela possibilidade de aplicação das penalidades civis (reparação), administrativas (demissão) e políticas (suspensão de direitos). Como visto, o Direito brasileiro outorgou à sociedade, por meio dos órgãos públicos e associações legitimadas, um relevante instrumento de defesa do patrimônio público.

Assim, a ação civil pública alberga em seu conteúdo, além da defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio histórico e cultural, a defesa preventiva e repressiva do patrimônio público. A tipificação e/ou o conteúdo material das condutas devem ser buscados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92.

A legitimidade ativa pertence aos entes públicos e associações destacadas no art. 5º da lei. Entretanto, observa-se que a maioria das ações civis públicas com o objetivo de punir os administradores que praticaram improbidade administrativa, independentemente do objeto jurídico tutelado, são deflagradas pelo Ministério Público, conforme pesquisa de campo desenvolvida pelo Dr. PAULO CÉSAR PINHEIRO CARNEIRO.⁴

Uma diferença digna de comentários em relação à ação popular reside no enquadramento material das condutas. Enquanto a ação popular, por meio da lei específica, traz os aspectos processuais e a própria tipicidade formal e material das condutas, na forma omissiva ou comissiva, a ação civil pública alberga, tão-somente, os requisitos, condições e pressupostos processuais da perquirição jurisdicional. Ou seja, na última, em face do conteúdo nitidamente processual, o enquadramento material das condutas deverá submeter-se aos ditames da Lei n. 8.429/92.

Ao traçar um rápido paralelo com a ação popular, torna-se factível observar que a ação civil pública também possui vários problemas na sua aplicação prática, dentre os quais é possível destacar os mais importantes, ainda que de forma perfunctória.

Primeiro, vários membros do Ministério Público, nas duas esferas de atuação – federal e estadual –, além da afoita divulgação das apurações preliminares na mídia nacional, não se prepararam adequadamente para o correto uso do inquérito civil público e o manejo da ação civil pública.

Via de regra, na defesa do patrimônio público, além das matérias de cunho eminentemente técnico, os ilícitos patrimoniais são encobertos e disfarçados nas formalidades inerentes à própria atividade administrativa. Ora, se já é difícil a investigação preliminar, se divulgada publicamente a matéria pesquisada, as

⁴ CARNEIRO. *Acesso à justiça*, p.197-224.

provas serão destruídas rapidamente. Muito embora a matéria seja controvertida, a nosso talante, a obrigatoria divulgação pública somente deveria ocorrer após a colheita de provas aptas a sustentar a deflagração das ações judiciais e com rigoroso controle interno da Instituição. Nesse aspecto, apesar da relevância do tema, as instituições públicas brasileiras encarregadas do controle interno e externo não se prepararam adequadamente para a eficiente defesa do patrimônio público.

Segundo, a tradição brasileira não cultiva o amor pelas coisas públicas. Daí, falta à sociedade acompanhar o desfecho das ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, inclusive cobrando do Ministério Público e do Poder Judiciário ações mais eficazes e contundentes. Nesse aspecto, se o Ministério Público é o maior usuário da ação civil pública, a União, os Estados e os Municípios pouco utilizam esse instrumento na defesa patrimonial dos seus bens.

Terceiro, segmentos respeitáveis do Poder Judiciário não visualizam com simpatia a defesa coletiva do patrimônio público. Além da relativa lentidão dos procedimentos e do privilégio das formas processuais, as decisões judiciais, via de regra, não conseguem efetivar a eficaz defesa coletiva em virtude da visão meramente individualista do processo civil brasileiro. Como o bem jurídico tutelado é de extremada importância para a sociedade, seria natural que ocorresse a tramitação mais célere das ações coletivas. Entretanto, existe um claro privilégio na tramitação das ações individuais, sobretudo pela maior facilidade de manuseio e decisão.

Em que pese aos obstáculos apresentados, é imperioso afirmar que a ação civil pública é um dos melhores e mais eficazes instrumentos processuais de defesa do patrimônio público. Os eventuais equívocos legislativos e práticos não desmerecem a força de sua aplicação. Na verdade, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando manejada adequadamente pelo Ministério Público e julgada com rapidez e eficiência pelo Poder Judiciário, torna-se instrumento processual de relevante importância para a redução significativa dos danos causados ao patrimônio público nacional.

Finalmente, registre-se que, apesar dos problemas e obstáculos a transpor, o Ministério Público e o Poder Judiciário têm-se destacado na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. As críticas científicas são o resultado natural do eficiente trabalho desenvolvido. Nesse parâmetro, o Poder Judiciário, ainda que lentamente, vem aceitando e incentivando a defesa formulada pelo Ministério Público por meio da ação civil pública por atos de improbidade administrativa.

Conclusão

A defesa do patrimônio público precisa ser priorizada junto aos órgãos políticos, administrativos e jurisdicionais, independentemente das formas e momentos do controle. Importantes segmentos do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos demais órgãos controladores conseguiram importantes vitórias no resguardo do patrimônio das comunidades. Na verdade, os bens públicos pertencentes à coletividade, independentemente de posição política dominante, merecem eficiente resguardo e administração. A excessiva liberalidade dos administradores, a dilapidação do patrimônio público e a passividade dos órgãos de controle precisam ser repensadas no limiar do novo século.

Nesse parâmetro, a eficiente defesa necessita de órgãos públicos especializados e com adequada e eficiente capacidade operacional. Passa pela educação e cobrança da sociedade e pela necessidade da rápida resposta do Poder Judiciário. A eficaz tutela jurisdicional preventiva, por meio de medidas liminares e/ou cautelares obstativas dos desmandos administrativos, impedem a dilapidação fugaz do patrimônio público.

É de fundamental importância que as mazelas e os desmandos administrativos sejam obstaculizados, de forma rápida, ainda no nascedouro, uma vez que, quase sempre, apesar dos instrumentos jurídicos cautelares à disposição dos órgãos públicos e do cidadão, o patrimônio público não recebe a adequada e completa recuperação.

A rapidez, o preparo técnico, a ousadia e o ingresso no âmago dos atos e contratos administrativos serão as bases das possíveis mudanças defensivas pelos órgãos judicantes. Numa opinião muito particularizada, acreditamos que o Ministério Público precisa investigar com mais cientificidade, enquanto o Poder Judiciário precisa encontrar formas de solucionar a lentidão na tramitação dos processos inerentes à defesa do patrimônio público. As possíveis querelas institucionais não podem servir de pretexto para a violação dos direitos fundamentais da cidadania.

O cidadão brasileiro possui um importante instrumento jurídico de controle dos atos da Administração Pública: a ação popular constitucional. A sociedade possui um respeitável órgão e um mecanismo fiscalizador das atividades dos poderes públicos: o Ministério Público e a ação civil pública. Os obstáculos e as dificuldades podem ser superados, desde que existam vontade, criatividade, tenacidade e, sobretudo, o desejo e a participação mais ativa da sociedade civil.

O presente trabalho demonstrou os órgãos responsáveis pelo gerenciamento e controle do patrimônio público. Especificou os aspectos históricos, a conceituação legal e doutrinária, além de demonstrar as formas processuais de defesa. Pela sua relevância, sobretudo num país que convive com variadas mazelas sociais e constantes desvios do patrimônio público, o estudo

merece aprofundamento científico. Muito embora não seja a cura para todos os males sociais, a eficiente, eficaz e tenaz defesa e controle do patrimônio público pertence à sociedade, por meio dos órgãos e mecanismos próprios.

Assim, a defesa do patrimônio público, pela relevância da causa, deveria receber tratamento diferenciado do administrador, do jurista e do legislador. Em suma: trata-se de relevante problema nacional que precisa ser discutido à exaustão. Nessa linha, o presente trabalho procurou mostrar que a magnitude do tema exige que sejam adotadas urgentes e aptas medidas de contenção e/ou redução dos desmandos e da malversação do patrimônio público.

Referências Bibliográficas

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Estado de direito e constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FERNANDO PINTO COLMENERO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Dignidade humana e direitos fundamentais – 3 Dignidade humana e Igreja Católica – 3.1 Os tempos obscuros da Igreja e a dignidade humana 3.1.1 Os reformadores cristãos e a dignidade humana – 3.2 Uma luz no fim do túnel – 3.2.1 O concílio de Trento (1545 – 1563) – 3.2.2 O futuro depois do Concílio – 3.2.3 Os pensadores, a Igreja e a dignidade – 3.2.4 A Igreja e o Estado – 3.2.5 – A Igreja e a liberdade, uma confrontação direta – 3.3 Dignidade humana como dogma da Igreja – 3.3.1 O início do fim 3.3.2 – O nascimento de “Lolek” – 3.3.3 A dignidade toma fôlego – 3.3.4. O Concílio Vaticano II e a dignidade – 3.4 A Igreja e o humanismo cristão, a arrancada final – 4 Conclusão: A Igreja do novo século. A resposta está no vento

1 Introdução

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar a evolução da dignidade humana como fonte de preocupação da Igreja Católica dentro de quase dois mil anos de existência, desde sua fundação com Jesus Cristo até as portas do terceiro milênio, com maior ênfase neste último século, devido à importância do conceito de dignidade humana para o mundo contemporâneo, seu significado e relação para com o Estado. Entretanto, um pequeno passeio, mesmo que perfunctório, pela caminhada da Igreja rumo aos dias atuais faz-se necessário para que possamos obter um raciocínio claro de toda a evolução, desde os primórdios da Igreja.

Deve ser salientado, ainda, que a dignidade humana, salvo engano, não pode ter uma definição precisa e estanque sob pena de afetar-se a ela mesma. Desta forma, tentamos colocar o pensamento de vários autores sobre o tema e, depois, fizemos uma análise do conceito católico de dignidade humana e sua aplicação por parte da Igreja.

2 Dignidade humana e direitos fundamentais

“La persona humana, su dignidad y los derechos a ella inherentes constituyen temas centrales de la Ciencia y de la Filosofía del Derecho. Pero su interés sobrepasa los marcos puramente científicos para integrarse en el área de la

problemática especificamente humana."¹

A dignidade humana e o Estado estão entrelaçados pois é ela uma das bases da soberania traduzida nos direitos fundamentais, que garante a todos e a cada um dos indivíduos uma igual liberdade, inclusive no campo religioso².

O problema é que em nome dessa dignidade se pode chegar a soluções radicalmente contrárias sobre temas fundamentais para os nossos dias e que têm forte presença da Igreja, tais como a admissibilidade de certas formas de procriação, manipulação genética, aborto, transplantes humanos, experiências médicas e a eutanásia.

Assim, a dignidade humana não pode existir por existir, não pode ser intangível por ser assim decidido, não pode ser delimitada por uma convenção ou regra. A dignidade humana para existir, ser medida e ter sentido, deve ser fruto de uma evolução do pensamento do homem, através dos tempos, desde os mais remotos, com a finalidade de que tenha ela um apego social e possa ser sentida e vivida pelo comum dos homens, não podendo ser esquecido que a origem da dignidade humana se encontra no divino pois só assim teremos garantido o respeito a ela. "*Si todo hombre es persona porque así ha sido hecho, lo mismo que las cosas y los animales son impersonales porque así han sido hechos, la última razón, el fundamento de la categoría de la persona humana no puede ser el hombre mismo, sino un ser superior a todo o hombre y capaz de infundir razón e libertad en la materia de que estamos hechos. Es el mismo Dios.*"³ Aliás, como salienta LEGAZ Lacambra,⁴ "*el Estado no podrá intervenir en lo que afecta a la libertad y a la dignidad humana, nacidas de su origen divino, y que, por tanto, antes pertenecen a Dios que al Estado. Los hombres olvidan a menudo este punto de partida, esencial en el orden jurídico; pero vuelven su mirada a Dios cada vez que un nuevo absolutismo, de derecha o de izquierda, suprime libertades y afrenta la dignidad del hombre. A la omnipotencia del hombre no podemos oponer más que la omnipotencia de Dios*". E se isso não é verdade, ou seja, se o homem não é a imagem de Deus e se as relações humanas não recebem a inspiração divina, facilmente degeneram no culto à Lei do mais forte e na negação da dignidade. Neste aspecto, a Igreja Católica, como referência cultural

¹ LEGAZ. *La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre*, p.15.

² O exercício adequado da soberania implica sempre que "o governo da maioria seja limitado, designadamente, pelos direitos das minorias e dos indivíduos", conforme nos informa MACHADO (1993).

³ Cf. MILLÁN. *Persona humana y justicia social* e SOTO-KLOSS. *La dignidad de la persona*.

⁴ LEGAZ. *La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre*.

e de fé apresenta-se como o melhor caminho para uma reflexão da dignidade nos últimos dois mil anos.

Vários são os conceitos e definições sobre a dignidade humana em nossos tempos. Jesús Gonzáles Pérez define a dignidade humana como *"el rango de la persona como tal"*.⁵ Esse conceito é também informado por MILLÁN Puelles e GARRIDO Falla⁶, pois *"este prestancia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es lo que se llama la dignidad de la persona humana"*. Santo Agostinho definia a dignidade humana como a mente racional, não havendo nada mais poderoso ou sublime do que ela e acima dela apenas o Criador. Por isso, Deus criou o homem, fazendo-o à sua imagem para dominar os animais irracionais, não o homem ao homem.⁷ Em outras palavras, a dignidade humana significa que *nada é mais do que nada*, ou melhor, por mais que um homem seja importante, o seu valor nunca será superior ao de outro homem.

Diante das inúmeras teorias, teses, raciocínios, definições e conceitos sobre o que seja dignidade humana, para os fins deste estudo vamos utilizar a dignidade como a capacidade do homem *"em amar ao próximo como se fosse a si mesmo"*, no sentido de que o fortalecimento do relacionamento do homem para com Deus se dá através de seu relacionamento com o seu semelhante, em uma verdadeira *"horizontalização" das regras da Igreja*.^{8 • 9}

3 Dignidade humana e Igreja Católica

*"La iglesia, que desde su constitución, siguiendo el ejemplo de Cristo, sentó la base de su doctrina en el hombre y su dignidad, no podía quedar insensible ante la situación del hombre en el mundo de hoy y ante los ataques a su dignidad."*¹⁰

⁵ GONZÁLES PÉREZ. La Dignidad de La Persona.

⁶ Cf. MILLÁN. Persona humana y justicia social, p.15 e GARRIDO. Comentarios a la constitución, p. 187.

⁷ Ióannis Evangelium Tractatus e de Civitate Dei, conforme citado por GONZÁLES PÉREZ, La dignidad de la persona.

⁸ OTERO. Lições de introdução ao estudo do Direito.

⁹ Não considero a semelhança do homem com Deus, por si só, como ponto primordial para a dignidade humana na Igreja, diante do fato de que, principalmente em nosso século, a Igreja esteja voltada para uma missão ecumênica, dedicada à proteção e amparo do homem como ser.

¹⁰ GONZÁLES PÉREZ. La Dignidad de La Persona.

3.1 Os tempos obscuros da Igreja e a dignidade humana

O Cristianismo nasceu com Jesus, filho de família humilde, o qual sofreu, durante sua existência, todos os tipos de atos e fatos que atentavam contra a sua dignidade. Com a sua chegada os judeus se dividiram. Uns achavam que era ele a esperança do nacionalismo restrito, para outros era a esperança de um reino superior, o de Deus, que salvaria o homem do pecado. Cristo¹¹ que significa o Ungido pelo Senhor, seu enviado direto, mantém, até aos dias atuais, uma crença de que viera um Salvador, que trazia o perdão e a salvação eterna para todos os que acreditavam Nele e pregavam a fraternidade e o respeito do homem pelo seu semelhante. Surge aqui a semente da dignidade humana. Diferenciava-se do judaísmo, pois tinha como alvo todo e qualquer ser humano, independentemente de origem, povo, cidade ou *status*.

Apesar de semeada a terra, os discípulos de Jesus, em suas existências, foram perseguidos e não conheceram a dignidade que tanto pregavam. Isso ocorreu não só por culpa de terceiros como o caso de Estêvão que foi apedrejado pelos judeus e Tiago, *o Maior*, que foi decapitado a mando de Herodes Agripa I, para agradar aos seguidores da religião antiga (as mortes ocorreram em 36 e 44 d.C., respectivamente, conforme TOURAULT, História Concisa da Igreja. 1996., mas também pelos próprios "irmãos" de Cristo, como no caso de Pedro que não partilhava as refeições com os cristãos novos – pagãos convertidos – quando na presença dos circuncisos – judaico-cristãos ou judeus convertidos). Nesse momento, surgiu a primeira disputa sobre o que significava a dignidade humana para os cristãos. Para Pedro teria que haver uma diferenciação dos crentes e assim uma discriminação étnica, ao passo que, para Paulo, que pretendia um cristianismo universalista, o homem e a fé não poderiam ter qualquer condicionalismo étnico.

Amar ao próximo como a si mesmo era, sem dúvida, a maior contribuição da "Boa Nova"¹² para a realidade do homem, e sua força era tanta que em duzentos anos a mensagem de Jesus, sem qualquer apoio oficial (estatal), difundia-se no mundo civilizado.

A publicação dos Evangelhos de Mateus, Marcos, Lucas e João, no final do século I, trouxeram ao mundo a consolidação da mensagem de Jesus, apesar da sociedade da época não estar preocupada com qualquer sentido de

¹¹ *maschiad* em hebraico, *christos* em grego.

¹² Nome que se dava ao cristianismo em seu início.

religiosidade, pois os poderosos estavam mais preocupados com os prazeres da carne. No entanto, os Evangelhos e suas estruturas de reivindicação social, por uma vida digna e o respeito pelo semelhante encontraram *“uma grande aceitação junto aos pobres, aos escravos e aos oprimidos, num ambiente de antecipação de luta de classes”*.¹³

O Cristianismo, segundo o Imperador Juliano, o Apóstata (século IV), devia o seu sucesso *“ao entendimento fraterno dos seus membros, ao culto dos mortos e à santidade da sua vida. Efectivamente, pedia-se a cada um que amasse o seu próximo como a si mesmo, e até os seus inimigos”*¹³, com a finalidade de se aproximar do Pai. Diante de vários evangelhos, na conformidade com o raciocínio dos apóstolos, esse pensamento talvez fosse o resumo do evangelho *“segundo o homem”* e se apresentasse como berço da dignidade humana.

Os cristãos, desde a época de Nero, sofreram toda a sorte de perseguição por causa de sua religião, sendo várias vezes despojados de seus bens em nome do Império Romano. Começava a briga entre a Igreja e o Estado pelo Poder Político em detrimento do povo como peça fundamental não só do Estado mas também da Igreja. No início do século IV, com uma declaração (édito), o Imperador Galero, então acometido de uma doença mortal, convidava os seus inimigos mortais de ontem (cristãos) a rezar pelo Império e por seu Imperador, numa demonstração da supremacia do poder espiritual ao temporal, com base no amor ao próximo.

Nesses tempos, a dignidade do homem era vista pela Igreja na conformidade de seus interesses como Instituição ainda não totalmente consolidada, apesar de largamente difundida.

Se, antes, os cristãos eram perseguidos, não podendo exercer inclusive a liberdade de religião, passaram eles a reprimir aqueles que mesmo cristãos não comungavam na política católica da época (dirigida por bispos ou vigilantes, presbíteros ou padres e diáconos). A gnose¹⁴ foi a primeira vítima e até aqueles que a atacavam¹⁵ atraíram a desconfiança da Igreja. Do século V até o século VIII, a Igreja conseguiu converter ao cristianismo vários grupos étnicos como os francos, os visigodos e os germanos, sendo que, em meados de 756, assistiu-se ao nascimento de um *“Estado Pontifical”*. Com efeito, a Igreja foi o destino de várias doações e foram a ela concedidas jurisdições episcopais. A riqueza da

¹³ TOURAULT. A história concisa da Igreja.

¹⁴ Palavra que significa conhecimento – corrente que defendia uma abordagem particular de Deus.

¹⁵ Como Orígene, mestre e discípulo de Clemente, para os quais a fé só se podia obter guiada pela razão, tendo eles um perfeito domínio da cultura da época, ou seja, da Bíblia e de Aristóteles.

Igreja nesse período permitiu que fosse feita a edificação da primeira basílica de São Pedro. Fortalecia-se a era do *ter* e não do *ser* na Igreja Católica. As teorias que surgiam separadas dos dogmas da Igreja não eram reprovadas de forma coerente e sim pela vontade do Papa¹⁶ ou do Imperador¹⁷. Nesse mesmo período, também surgiram os “padres” que defendiam os dogmas católicos e que se preocupavam com o destino do povo de uma forma coletiva e na conformidade com as necessidades da sociedade. Um exemplo deles é o padre Ambrósio de Milão que impôs ao soberano Teodósio uma penitência pública pelo massacre da população de Tessalônica na sequência de uma revolta. Com tal gesto, o “*poder espiritual permitia-se julgar e condenar o poder civil se ele ofendesse não só o dogma mas também os princípios morais.*”¹⁸. No meu entendimento, tais princípios morais nada mais eram do que a fraternidade e o respeito do ser humano pelo semelhante, ou melhor, a dignidade humana. Diante, mais uma vez de interesses patrimoniais, como auxílio do Rei Pepino, o Breve, era criado o Estado Pontifical (756) o qual se preocupava mais com a estrutura administrativa do poder e sua perpetuação do que com as angústias dos fiéis que só eram consolados por atitudes isoladas de certa casta da Instituição.

A primeira contribuição que se tem notícia para a evolução do preceito “amar ao próximo como se fora a si mesmo”, foi um texto do concílio convocado por Carlos Magno, em 813, oito séculos depois de Cristo, no qual era mencionado que: “*É necessário que os bispos criem escolas onde se ensinem as disciplinas literárias e a ciência das escrituras, e que sejam educados nestas escolas aqueles a quem o Senhor disse muito justamente ‘vós sois o sal da terra’ e que devem ser o condimento dos povos*”¹⁹.

Nos tempos seguintes, principalmente os séculos IX, X e XI a Igreja viveu um período sombrio e sem qualquer preocupação com a dignidade humana.²⁰ O poder da Igreja era exercido para fins particulares e pessoais, ficando de lado a fé, o respeito pelo próximo e a fraternidade. O nicolaísmo²¹ se

¹⁶ Papai – designação dada ao bispo de Roma.

¹⁷ Como foi o caso de Ário, um sacerdote de Alexandria que afirmava que Cristo não era uma criatura do Pai, não tinha natureza divina como ele e não era, por conseguinte, da mesma substância dele. Ário foi condenado no concílio de Niceia, o qual foi convocado pelo Imperador Constantino, sendo depois exilado.

¹⁸ TOURAULT. A história concisa da Igreja.

¹⁹ TOURAULT. A história concisa da Igreja.

²⁰ Apenas por curiosidade, a Soberana Mazóia, filha do senador Teofilato, aristocrata romana, conseguiu designar três Papas pela sua vontade, ou seja, Leão VI, Estevão VII e João XI-931-935-, este último seu filho como Papa Sérgio III-904-911.

²¹ Concubinato ou casamento dos eclesiásticos.

generalizou ao ponto de se dizer que "*Rambaldo, bispo de Fiesole, estava 'rodeado de um enxame de mulheres'. Os sacerdotes viviam com 'tigres-fêmeas sedentos'*".²² Tais condutas deram origem a uma dinastia de religiosos, em que os filhos herdavam do pai uma paróquia ou um episcopado, como se fossem bens privados e as cortesãs eram ostentadas com os bens da Igreja e suas doações, tudo em detrimento dos pobres, os mais desfavorecidos de dignidade humana. A barbárie era tanta que os Tribunais da Igreja recorriam a ordálios (provas impostas aos acusados como: ferro em brasa, água fervente entre outras) para solucionar os litígios da vida terrestre. Uma mistura de ignorância, superstição, imbecilidade e falta de espírito cristão. Nesse período, surgiram numerosas seitas que tinham por fundamento de criação as riquezas acumuladas pela Igreja Católica, as quais não eram colocadas à disposição do povo e "*la aspiración general de libertad creaba oposición contra la Iglesia*".²³

No desenrolar dos acontecimentos, surgiu a polêmica sobre o Filioque (Espírito Santo, se provinha do Pai-para os orientais, ou do Pai e do Filho, para os ocidentais) que foi um dos pontos de discórdia que levaram a Igreja Católica a se dividir em sua parte ocidental, a Igreja de Roma, e em sua parte oriental, a Igreja Grega, no ano de 1054.

Com o desenvolvimento da cultura cristã, os Cardeais, através do Concílio de Latrão, em 13 de abril de 1059, divulgaram um decreto que restringia a eleição do Papa apenas para eles. Dessa data em diante, os Papas tentaram reforçar a sua autoridade sobre o poder temporal dos Reis e Imperadores, permitindo aos súditos que se desligassem do juramento de fidelidade feitos aos maus monarcas (monarcas injustos). Até aqui, nada existe sobre a dignidade humana e sua defesa pela Igreja, pelo contrário, esta foi utilizada, apenas, como motivo para a Igreja conseguir se sobrepor ao poder dos Reis.

Certo é que algumas pessoas da Igreja tomaram atitudes ou realizaram obras em prol da coletividade e em respeito ao próximo, como se vê nas ordens dos Templários e Hospitalários que surgiram em finais do século XI e início do século XII para acabar com a opressão muçulmana. Mas, em verdade, não se sabe se esse, ou a defesa do patrimônio da Igreja, era o verdadeiro motivo de suas existências. A dignidade humana teve o seu enterro na fé católica, a meu ver, quando da criação da Inquisição feita pelo Papa Lúcio III, em 1184, que pediu aos bispos que perseguissem os hereges²⁴ e procurassem os culpados a partir de simples boatos e não de acusações sérias e devidamente fundadas. Aliás, os processos da inquisição não tinham em conta o respeito ao próximo, pois os bens dos condenados deviam ser confiscados, não podiam ter advogado,

²² TOURAULT: A história concisa da Igreja, p. 114.

²³ MARX, J. 1924, p. 374.

o processo era secreto e não existia qualquer possibilidade de apelo. A inquisição espalhou-se por todo o ocidente católico e “as fogueiras ardiam sob o controle da Santa Sé”.²⁵

Alguns autores²⁶, entretanto, justificam a existência da Inquisição dizendo que a Igreja, como sociedade perfeita, tinha poder coercitivo e como tal podia apelar para as penas temporais, inclusive a de morte, pois a heresia era o maior dos crimes contra a pureza da fé²⁷, salientando que os religiosos apenas declaravam que o réu era herege, mas o juiz do Estado é que determinava a pena de morte pelo fogo²⁸ e que, na maioria das vezes, essa pena não era imposta, pois qualquer sinal exterior de arrependimento do réu permitia a troca da pena de morte na fogueira pela pena de morte por garrote²⁹ e só o cadáver era entregue às chamas.

Uma exceção no período dos Tribunais da Fé, para a realização da dignidade humana, foi a criação de novas ordens religiosas que, descentralizadas e democratizadas, lembravam aos poderosos do mundo o dever de justiça, como corolário da dignidade do ser humano, como o exemplo da Ordem dos Dominicanos. Infelizmente, desse exemplo tão digno saíram os principais agentes da Inquisição.

O florescimento das universidades no século XIII fez com que a Igreja ficasse detentora do ensino e dominasse o saber por algum tempo, contribuindo assim para a cultura geral da Europa e o aparecimento de outros pensamentos filosóficos não baseados na fé cristã. O pensamento de Aristóteles (filósofo grego do século IV) foi difundido e criou alguns problemas, pois discordava da doutrina tradicional da Igreja, principalmente no que se refere à alma³⁰.

Tomás de Aquino³¹, por sua vez, quando de suas aulas na Universidade de Paris, na intenção de defender a fé e a doutrina da Igreja, informava que existia concordância entre os textos sagrados e a doutrina de Aristóteles. A

²⁴ Aqueles que tinham pensamento diferente da doutrina católica – como se esta não fosse mundana até então!

²⁵ TOURAULT. A história concisa da Igreja, p.156.

²⁶ MARX. 1924.

²⁷ A curiosidade é que os réus desses procedimentos eram cristãos que tinham fé, mas pensavam diferente da doutrina Romana.

²⁸ Tal pensamento é igual ao dos marginais, que afirmam ser crentes, ligados ao crime organizado no Brasil, que dizem que não cometem delitos de homicídio porque, apesar de dispararem a arma de fogo contra a vítima, Deus é que lhes tira a vida.

²⁹ Nada mais era do que trocar seis por meia dúzia.

³⁰ “Sendo a matéria eterna, Deus não foi o seu Criador nem a providência. Desaparecendo uma parte da alma com a morte, esta não é totalmente imortal” – Metafísica, XII, 3, 1070, citado por TOURAULT (1998, p. 164).

razão não era perigo para a fé. A razão, movida por um sentimento religioso forte, permitia chegar à certeza da existência de Deus e da imortalidade da alma³². Entretanto, só em 1880, através do Papa Leão XIII, foi ele proclamado o patrono da doutrina católica, pois antes foi fortemente combatido na Igreja, inclusive tendo algumas de suas afirmações sido condenadas pelo bispo de Paris, em 1277. Todavia, Tomás de Aquino não foi de todo defensor da dignidade humana, pois admitia ele a pena de morte ao criminoso, eis que tinha ele decaído de sua dignidade humana diante de seu afastamento da ordem e da razão, assim o homem *"se rebaja en cierto modo a la condición de bestias"*³³.

Com o monarca francês Filipe IV, o Belo, no século XIII, nasce o conceito de soberania do Estado, a que cada um, inclusive o clero, devia obediência. Surge aqui mais uma Instituição de opressão da dignidade humana, a qual já se encontrava esquecida nas prateleiras do tempo, tendo em vista que a Igreja se preocupava mais em afirmar a supremacia do poder espiritual sobre o poder temporal do que desenvolver a sua função de cuidar do seu rebanho, sem contar a imposição de impostos por parte da Igreja com a finalidade de manter as despesas de luxo da Santa Sé.

Aliás, nesses tempos, a dignidade humana só foi utilizada pela Igreja ao

³² Nascido em 1225, no castelo de Roccasecca, no reino de Nápoles, filho do Conde Landulfo de Aquino, educado em Monte Cassino, entrou para a Ordem Dominicana apesar da oposição da família, foi professor em Paris, morreu em 1274, quando se dirigia para o Concílio de Lião, foi canonizado por João XXII que dizia que fez ele tantos milagres quanto os artigos que escreveu. Sua vida, suas idéias, sua clareza de pensamento o fizeram "príncipe das escolas".

³³ Filosofia escolástica – Esse pensamento é seguido pelo Papa João Paulo II, revelado através da encíclica, *Fides et Ratio, Fé e Razão*, p. 8, que salienta "O homem, por sua natureza, procura a verdade. Esta busca não se destina apenas à conquista de verdades parciais, físicas ou científicas; não busca só o verdadeiro bem em cada uma das suas decisões. Mas a sua pesquisa aponta para uma verdade superior, que seja capaz de explicar o sentido da vida; trata-se por conseguinte, de algo que não pode desembocar senão no absoluto (...) Chega-se [a tal verdade] não só por via racional, mas também através de um abandono fiducial a outras pessoas que possam garantir a certeza e autenticidade da verdade."

³⁴ S.Th. II - II, q. 64, a 2, ad. 3 - citado por GONZÁLES PEREZ (1999). Mais tarde, Tomás de Aquino corrige tal exagero, dizendo que o homem delinqüente, malfetor, não é naturalmente diferente do homem justo e, por isso, faz falta um juízo público para determinar se haverá a pena de morte para a saúde da comunidade - Conforme GARCÍA. (1979, p. 99). O curioso é que os homens se igualam, mas a pena capital permanece para o bem da dignidade da coletividade.

contrário, na época em que o mundo teve três Papas simultaneamente³⁴. O papa João XXIII foi deposto pelo Concílio de Constança em 29 de maio de 1415, sob a acusação de simonia³⁵, má administração e *indignidade de vida*³⁶. Em 1450, a Igreja nada mais era do que “uma federação de instituições nacionais”, em que o Papa era mais um Rei do que o vigário de Cristo ou o herdeiro de Pedro, não se importando com os problemas da cristandade e que pouco ou nada era voltado para o semelhante, seu amparo e seu respeito. A Igreja apresentou-se decadente de muitas formas, sendo que os fiéis foram se refugiar em crenças outras. Roma era sinônimo de opressão fiscal, sendo o Papa Sisto VI comparado a *Lúcifer*.

Até o século XVI, salvo engano, a dignidade humana não se encontrava como um dos objetivos da Igreja Católica de Roma. O assunto só aparecia por obra de alguns que, com suas condutas pessoais e isoladas, tentavam, infrutiferamente, uma mudança de rumos da Santa Sé em prol do seu verdadeiro objetivo que era, divulgando a palavra de Deus e Jesus Cristo, atingir a máxima de amar o próximo como se fosse a si mesmo, ou seja, só fazer ao semelhante o bem.

3.1.1 Os reformadores cristãos e a dignidade humana

No século XVI, surgiram os reformadores, também qualificados de protestantes³⁷ como Martinho Lutero³⁸ que, angustiado com sua própria salvação perante Deus, cultuava as boas ações e dedicava-se à doutrina católica voltada para o homem em sintonia com Deus.

Seu atrito com a Igreja foi, ao que parece, por causa do caráter comercial da Igreja, pois criticou o Papa Leão X, que teria feito um negócio que permitiria a construção da basílica de São Pedro (modificação da primeira) e que as atitudes do Papa, que nada mais era do que um servidor de Cristo, colocavam uma ameaça sobre o Evangelho. Em 1521 chegou a dizer que “no

³⁴ 1409 – Bento XIII, Gregório XII e João XXIII.

³⁵ Tráfico criminoso de coisas sagradas ou bens espirituais.

³⁶ A deposição deste Papa permitiu ao sucessor de Pio XII, eleito em 1958, tomar novamente o nome de João XXIII.

³⁷ Termo utilizado a partir de 1519 porque protestavam contra a doutrina da Igreja.

³⁸ 1483-1546 – Sua doutrina era baseada na livre inteligência da bíblia, o livre arbítrio foi perdido com o pecado original, nega-se o culto aos Santos, não existindo poder de ensino na Igreja, muito menos hierarquia, sendo ela invisível e resultando da união dos corações pela fé, através da Comunidade (MARX. 1924, p. 517-18).

*combato al Papa ni al Concilio por su mala vida, sino por su falsa doctrina*³⁹, referindo-se ao distanciamento de Roma do homem e seus direitos básicos. Em 1520 publicou "A nobreza da nação alemã", em que dizia que a Alemanha tinha que ser livre do vergonhoso e endiabrado governo de Roma. A Igreja, então, resolveu iniciar um processo contra o monge, que, ao final, determinou que Lutero deveria se submeter ao pensamento e diretrizes da Igreja no prazo de sessenta dias, condenando todas as suas declarações. Ao contrário, Lutero queimou a decisão pontifical na presença de seus colegas professores e alunos de Wittenberg⁴⁰. Para Lutero, o homem é tornado justo pela fé, porque Deus é bondade e concedeu aos fiéis a sua misericórdia. *"Através do amor, permitiu a salvação do homem ao aceitar que Cristo pagasse na cruz as faltas dos homens. Depois o sangue de Cristo lava e cobre os pecados que Deus não vê mais"*⁴¹. Essa posição de severo-arbítrio era combatida pelos humanistas que defendiam o livre-arbítrio.

Outro reformador, cujo nome não pode ser esquecido é o de João Calvino⁴² que, apesar de reinar sobre Genebra, foi odiado pela população diante das regras que impôs. Sua doutrina, baseada em Lutero, informava que todo o ser humano deveria viver na Terra na mais rigorosa devoção a Deus, contudo dizia que existia a *predestinação*⁴³. Acreditava ele que todos, indistintamente, teriam a possibilidade do sacerdócio, pois eram iguais perante Deus e condenava o culto aos Santos, as peregrinações e procissões e a homenagem às relíquias e às imagens, por entender que esses atos não encontravam respaldo nas Escrituras.

Com a presença dos reformadores e a impotência da Igreja perante os fiéis, que já não acreditavam em seus padres, devido às suas vidas mundanas, o protestantismo teve uma evolução rápida e duradoura, dando aos crentes uma possibilidade de, na religião e em conformidade com Deus, ter uma vida mais digna e com respeito ao semelhante. A Santa Sé não se podia deixar calar pelos que não se coadunavam com ela e aí surgiu, pelas mãos do basco, Inácio de Loyola (1491-1556), uma confraria que tinha vontade de estar perto do Senhor e de o servir com um espírito de combatente, nasce a Companhia de Jesus. O Papa Paulo III logo se interessa por essa Companhia e a aprova através de uma bula de 27 de setembro de 1540, sendo Inácio designado o primeiro general dos Jesuítas. A doutrina dos Jesuítas, ao contrário dos reformadores que diziam que

³⁹ MARX. 1924, p. 493.

⁴⁰ Depois disso, Lutero trabalhou muito e publicou a sua tradução da bíblia, obra que obteve enorme êxito. Sempre muito devoto, continuou suas pregações até a morte.

⁴¹ TOURAULT. A história concisa da Igreja, p. 205-206.

⁴² Nasceu em 1509, estudou Teologia e Direito em Paris, morreu em 1564.

⁴³ O homem vai para o céu ou o inferno segundo a vontade de Deus e sua vida terrena não influencia em nada.

só Deus salva, informava que o ser humano, através de sua conduta em respeito ao semelhante poderia chegar perto de Deus e assim obter a salvação e a vida eterna. Em verdade, a Companhia de Jesus, para o Papado, era mais uma forte e poderosa arma para combater em qualquer lado o protestantismo, do que uma maneira de alcançar a dignidade humana dos homens através do livre-arbítrio.

3.2 Uma luz no fim do túnel

3.2.1 O Concílio de Trento (1545 - 1563)

Como se pode perceber até o presente momento em nosso trabalho, após dezesseis séculos de existência e propagação pelo mundo civilizado e colonizado, a Igreja, com raras exceções pessoais, nunca se preocupou com a dignidade da pessoa humana, a preservação de seu modo de vida, o amparo de sua cultura, o apoio nas suas lutas sociais por melhores condições de vida. Pelo contrário, sempre teve a Fé como motivo para não respeitar a dignidade humana, impondo a todos, em todo o mundo, a doutrina católica sem perguntar aos homens se a queriam⁴⁴.

É claro que alguns avanços foram dados em termos de cultura e de possibilidade de discussão de outros temas que afetavam ou eram contrários aos ensinamentos da Igreja, mas tais coisas só ocorriam em locais onde a Igreja não detinha um poder temporal e, quando o detinha, acabava por aniquilar qualquer cultura que fosse contrária aos dogmas da Igreja. Tratava-se sempre de uma luta de poder e pelo poder temporal e nunca de consagração do poder espiritual voltado para o homem.

Necessitando de reformas, principalmente para tentar impedir o protestantismo e voltar o crente para a Igreja acabando com a lascívia dos cardeais e dos padres, foi reunido o Concílio de Trento, que funcionou como uma contra-reforma. Nesse concílio, ficou assentado, salvo melhor interpretação, que só na doutrina católica o homem encontrava a sua dignidade como ser semelhante ao Pai. A falta cometida por Adão *"não privou o homem do seu livre-arbítrio, mas enfraqueceu-o apenas. Para auxiliar as suas criaturas em dificuldades, Deus*

⁴⁴ Foi o que ocorreu mais tarde com as missões Espanholas e Portuguesas na América e na Ásia, que em nome de Deus e em prol de uma civilização ocidental, trataram os nativos dessas terras como verdadeiros animais destinados à escravidão, desrespeitando culturas, por vezes milenares. Era a mais absurda das contradições, enquanto proporcionava uma melhor qualidade de vida através de missionários que cuidavam de escolas e hospitais, ao mesmo tempo obrigava a todos a aceitar a doutrina da Igreja.

enviou o seu filho. Este, através de seu sacrifício, tornou possível a remissão do pecado. A aplicação dos méritos de Cristo à criança por via do baptismo reconcilia-a com Deus e permite a salvação futura do homem"⁴⁵. Outra decisão desse encontro foi a de que a graça divina era compatível com a liberdade humana, através do livre-arbítrio, estabelecendo assim a dignidade do homem, dentro de suas escolhas, como Ser para, em conformidade com sua natureza, encontrar-se com Deus⁴⁶. De par com isso, decidiu-se que o cônjuge não deveria ter senão uma única esposa, sendo melhor ainda que se mantivesse solteiro. O celibato e a castidade foram instituídos de forma genérica, sendo proibidos os casamentos e os concubinatos. Tais decisões tiveram um grande domínio sobre o mundo católico. *"El Concilio de Trento marca un momento esencial en la historia de la Iglesia romana, y contribuye a cohesionar su unidad frente al movimiento centrifugo de las sectas protestantes, deteniendo su expansión"*⁴⁷.

3.2.2 O futuro depois do Concílio

Com o término do Concílio de Trento, surgiram as guerras de religião no berço da civilização, na França, na Alemanha e na Inglaterra. Passando ao largo dos motivos dessas contendas, o que se pode perceber foi que a dignidade humana começou a tomar forma real quando do estabelecimento da liberdade de culto e de consciência na França de Henrique IV (1593), como ocorreu também na Alemanha de 1609 com a "carta de majestade".

A Igreja começa a dar passos em direção ao homem e à defesa de sua dignidade enquanto filho de Deus, através da obra de Carlos Borromeu, cardeal com apenas 21 anos de idade e sobrinho do Papa Pio IV, que desenvolveu um grande trabalho para modificar o clero, educar as crianças (base do futuro da Igreja), não se esquecendo dos adultos para os quais empenhou esforços por

⁴⁵ TOURAULT. A história concisa da Igreja, p. 217.

⁴⁶ "Por lo que se refiere al problema de la justificación, tan del agrado de las sectas protestantes, la Iglesia manifiesta que nuestra justificación y nuestra santificación son obra de Jesucristo, pero que los hombres no se salvan únicamente porque se les imputen los méritos del Redentor, sino que todos podemos y debemos cooperar con nuestras obras, emanadas de nuestra libre voluntad, a la gracia y a la misericordia del Salvador para recibir la eterna recompensa." (PÉREZ BUSTAMANTE, 1943, p. 276)

⁴⁷ PÉREZ BUSTAMANTE. Compendio de historia universal, p. 276.

uma vida melhor. Foi ele, segundo alguns historiadores, o pioneiro da pastoral moderna.

Seguindo os ditames da nova Igreja, surgiram novas fundações religiosas, que tinham como principal objetivo a preocupação com o homem e seu espírito. Algumas dessas não podem deixar de ser citadas: Os Lazaristas (1581), que intervinham em uma paróquia por determinado período e, além de pregarem, visitavam os menos afortunados propiciando melhores condições de vida e de cuidados sanitários; As Filhas da Caridade(1634), cujo principal papel era a assistência aos doentes e necessitados, com o fim de lhes proporcionar uma melhor qualidade de vida. As novas ordens, além de prepararem novos rebanhos para Deus passavam uma mensagem de uma vida mais cristã e digna diante das reais necessidades do homem.

Entretanto, cumpre salientar que a liberdade religiosa também é liberdade social e, por isso, faz parte da dignidade do homem e esta foi seriamente atingida no reinado de Luís XIV, que proibiu qualquer liberdade de consciência em favor da Igreja Católica⁴⁸.

3.2.3 Os pensadores, a Igreja e a dignidade

Em 1715, começa a aparecer o movimento iluminista. Era ele preenchido por pensadores deístas (que acreditam em Deus), mas que eram contrários à doutrina católica porque se assentava em mistérios e dogmas (expressões válidas de fé) que a razão não conseguia demonstrar e por isso só podia ser ignorância e fanatismo, prejudicial ao bem-estar dos homens, salientando que o cristianismo só via pecado e dor para os crentes, deixando de lado a felicidade terrena, componente do núcleo do homem. O iluminismo idolatra a razão, com o objetivo de construir uma nova sociedade com o emprego, apenas, de normas racionais, abstratas e matemáticas, deixando de observar outros fatores importantíssimos. Tal pensamento leva ao deísmo, ao ateísmo, ao materialismo e a moral natural, *"de ahí la delibitación del sentimiento religioso, la irreverencia y la impiedad que son características de la época"*⁴⁹. Esse movimento teve como principais

⁴⁸ "Para combatir la influencia de Roma en la Iglesia francesa tomó diversas medidas, fomentó el galicanismo, movimiento caracterizado por su excesiva tendencia a la autonomía religiosa nacional y restringió las facultades judiciales y administrativas de los tribunales eclesiásticos, llevado de su inclinación a las leyes generales y comunes a todos sus súbditos y de su hostilidad a todo género de jurisdicciones excepcionales." (PÉREZ, 1943. p. 311)

⁴⁹ PÉREZ BUSTAMANTE. Compendio de historia universal, p.372.

pensadores: Montesquieu, Voltaire⁵⁰ e Rousseau, entre outros. A Igreja, nesse momento, conheceu um declínio considerável, diante dos efeitos de tais pensamentos no seu meio, provocando dissidências, fracas reações ao racionalismo e ao conceito de felicidade⁵¹, o que colocou a sociedade contra a Igreja.

3.2.4 A Igreja e o Estado

A Igreja Católica autocompreende-se nas suas relações com o Estado, como *"societas iuridice perfecta"* de Direito Divino, independente e soberana. Ao poder político *"cabe apenas uma tarefa subsidiária de guardião da verdade objetiva e defensor da fé, funcionando como braço secular para a perseguição e punição dos hereges, apóstatas e cismáticos"*⁵².

O relacionamento entre essas duas Instituições foi o foco de muitos encontros e desencontros que, ora produziam uma época de prosperidade, ora produziam tempos escuros de guerra e perseguições⁵³. Desde essa época (século XVIII), a Igreja foi perdendo, aos poucos, seu domínio administrativo sobre a vida das pessoas, pela quebra do monopólio dos registros das paróquias, dando origem a uma futura separação do Estado e da Igreja, inclusive declarando-se a liberdade de pessoas e cultos⁵⁴. Entretanto, como salienta Jônatas Eduardo Mendes Machado⁵⁵, a tolerância de outros cultos religiosos era vista pela Igreja, não como uma imposição de uma noção de respeito pela dignidade humana, mas sim como uma exigência decorrente da escolha do menor dos males⁵⁶.

⁵⁰ A luta contra a Igreja foi uma de suas ocupações favoritas.

⁵¹ Sentimento humano que revela que todas as necessidades e desejos pessoais estão devidamente preenchidos pelo mundo e pelos semelhantes que o rodeiam.

⁵² MACHADO (1993, p. 11), que esclarece, segundo suas fontes doutrinárias, que este era o pensamento de Tomás de Aquino quando desenvolveu a teoria das espadas espiritual e secular unidas no serviço da Fé, a partir da leitura fantasiosa de Lucas 22-38.

⁵³ Como foi o caso de Napoleão que tentou, de todas as formas, restituir o cesaropapismo e impor sua vontade ao Papa.

⁵⁴ Cumpre aqui distinguir: *libertas Ecclesiae* – liberdade da Igreja para ser tratada de forma singular e não em um conceito genérico mais amplo igual às demais confissões religiosas a qual reputa erradas, assumindo um papel especial na sua relação como estado e o povo – e; *Liberdade religiosa* – aquela oriunda dos pensamentos liberais e da instituição de um constitucionalismo fundado nos direitos naturais do homem.

⁵⁵ O Regime Concordatário entre a *Libertas Ecclesiae* e a *Liberdade Religiosa*.

⁵⁶ No Brasil, no período de 1870, a igreja era composta de membros da maçonaria, as irmandades chegaram a nomear presidentes vindos da maçonaria, o que era e é intolérável. Com a Constituição Republicana de 1881, ficaram excluídas as eleições políticas do Clero, foi concedida a liberdade de culto sem qualquer apoio do Estado, o casamento válido passou a ser apenas o civil, os professores das escolas primárias só podiam ser leigos. Entretanto, essa separação da Igreja e do Estado deixou

Essa relação do Poder Espiritual e o Poder Temporal, mesmo em nossos tempos, tem grande influência para o que significa dignidade humana dentro da sociedade tida como ocidental. Apesar da liberdade religiosa consagrada em quase todas as cartas constitucionais desse século, a Igreja detém, com sua doutrina social, papel importante na delimitação dos princípios jurídicos que acabam por vincular o cotidiano dos indivíduos. Exemplos clássicos desse comportamento quase que automático da Igreja no desenvolvimento das normas jurídicas, principalmente constitucionais, são os casos do Brasil e de Portugal no século passado. No Brasil, antes da constituição "cidadã" de 1988, a influência da Igreja nas normas constitucionais tinha um caráter inibidor da dignidade humana, pois colocava a mulher em segundo plano diante da unidade familiar, não permitia que pessoas que desejassem uma união fora dos laços do matrimônio tivessem o mesmo tratamento, além de discriminar a prole, ao distinguir os filhos havidos fora do casamento, inclusive com conseqüências patrimoniais, como se apenas alguns fossem dignos. Em Portugal, até a presente data, apesar dos termos da constituição vigente (art. 41, n.4 e 288, c), ainda se encontra em vigor a concordata realizada entre a Igreja e o Estado Português, na qual a primeira goza de certos privilégios com relação à vida social e jurídica do segundo⁵⁷.

Atualmente, a doutrina social da Igreja, que tem como principal mandamento o amor ao próximo, pregando a exclusão e o término de qualquer discriminação feita pelo homem acaba influenciando as novas ordens jurídicas ou a mudança em muitas delas, pois a Igreja difunde com rapidez tais objetivos no seio social onde se encontra, apesar da defesa dos direitos fundamentais do homem não ter sido uma "*bandeira originária*" da Santa Sé. Não se pode aqui deixar de mencionar que, até hoje, o catecismo (ensino dos dogmas) admite a pena de morte o que contraria o elementar dos direitos fundamentais, a vida humana.

3.2.5 A Igreja e a liberdade, uma confrontação direta

No século XIX, surge o liberalismo para o qual a liberdade do homem deve ser o centro das atenções do Estado.

Tal pensamento entra em rota de colisão com o pensamento da Igreja, que vê nessa teoria o motivo de desestabilização e derrocada da Monarquia e de sério abalo no Estado cristão. "*As liberdades de consciência, de religião, de expressão, etc., arvoradas em direitos fundamentais pelas constituições liberais, foram severamente reprovadas pela Santa Sé*"⁵⁸. De plano, a Igreja, através do

⁵⁷ Conforme se vê, como exemplo, o teor dos art. 1.625 e 1.626 do Código Civil.

⁵⁸ MACHADO. O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa, p. 15.

Papa Leão XII, condenou os princípios liberais. O liberalismo pretendia separar o Estado da Igreja para esta servir apenas a Deus e agir com eficácia no interesse dos crentes, preconizava a liberdade de consciência, de imprensa, de ensino e de associação, apregoando, assim, direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis dos indivíduos enquanto seres humanos, entre os quais se encontrava o direito de ter ou não religião, na conformidade da própria consciência. Tais posições não foram do agrado, também, do Papa Gregório XVI, que condenou tais idéias, considerando a separação dos poderes (temporal e espiritual) um sonho, a liberdade de consciência uma máxima absurda e a liberdade de imprensa como execrável⁵⁹. Mas os novos pensamentos foram se difundindo, com cuidado, até dentro da Igreja, com o fim de uma reconciliação com o mundo moderno⁶⁰. Os direitos fundamentais do homem e sua dignidade só eram defendidos pela concepção liberal. “*Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicos – era o liberalismo que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas – jusnaturalista, positivista, histórica – era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual*”⁶¹.

3.3 Dignidade humana como dogma da Igreja

3.3.1 O Início do fim

Leão XIII⁶², ao invés de truculento, era um diplomata e queria inserir a Igreja no mundo de então e tirar do liberalismo o seu melhor para difundir com eficácia o catolicismo, dedicando-se à propagação da religião pelos cristãos, abrindo caminho para a ação católica do século XX. Em seu Papado, foram publicadas várias encíclicas sobre a filosofia católica, tomando grande interesse pela classe trabalhadora, dando origem a encíclica *Rerum Novarum*, que tem como princípios: “*a primazia das pessoas sobre as coisas; a relativização das riquezas e do bem-estar terrenos ao fim e à felicidade eterna das pessoas; o direito de todos à propriedade como instrumento de promoção humana e*

⁵⁹ As críticas da Igreja foram feitas através das encíclicas: *Ubi primum*, 1824; *Mirari vos*, 1832; *Singulari nos*, 1834; *Quanta cura*, 1864 e *Libertas praestantissimum*, 1888. Tais textos, principalmente o último, criticavam os direitos civis pois estes só fariam propagar o indiferentismo religioso.

⁶⁰ Em meados de 1840, um universitário desejoso de unir os operários à Igreja, Frédéric Ozanam, denunciou o capitalismo liberal, que censurava por apagar a dignidade humana e criar a injustiça através de salários demasiadamente baixos.

⁶¹ MIRANDA. Manual de direito constitucional.

⁶² Conde Vicente Joaquim Pecci, bispo de Perugia, 1878-1903.

garantia da responsabilidade e autonomia pessoais; o direito de associação; a vocação de todos, indivíduos e classes, à construção duma sociedade fundada sobre a justiça e marcada pela fraternidade e o amor recíproco, em que as diferenças sejam complementares e não motivo de conflito”⁶³. Era a primeira de cunho social no mundo, marcava ela o “início do fim” do silêncio da Santa Sé sobre os problemas do homem, “tomando explicitamente – embora com moderação – o partido dos trabalhadores, representou a abertura e o primeiro apoio à sua causa de uma das grandes forças sociais vigentes. ...Leão XIII encara com realismo os problemas da industrialização, da contratação colectiva de trabalho, das condições de vida dos trabalhadores”⁶⁴, apesar de já estar atrasada em relação ao socialismo (principalmente Karl Marx e Friedrich Engels – Manifesto do Partido Comunista) por mais de meio século (66).

(66) Cabe aqui uma referência feita por LARENZ, Karl, traduzida para o espanhol por Díez-PICAZO, *Derecho justo. Fundamentos de ética justa*, 1985, p. 56 e ss, que assim analisa o pensamento de Kant e Hegel: “Cuando Kant formula el imperativo categórico conforme al cual se demanda que, justamente porque el hombre como persona en sentido técnico tiene una dignidad, se le coloque por encima de todo lo que puede ser utilizado como medio y se le trate como fin en sí mismo, y Hegel el teorema del Derecho diciendo que cada uno debe ser tratado por el otro como persona, no hacen otra cosa que traducir al lenguaje de su Ética unas consideraciones genuinamente cristianas...”.

Seu sucessor, Pio X (1903-1914) decidiu voltar atrás, criticando o liberalismo, pois era um movimento gravemente injurioso para com Deus, fundador das sociedades humanas. Combateu a democracia⁶⁵, que introduziu a

⁶³ STILWELL. *Caminhos da justiça e da paz*, p. 34. Em síntese, proclama que a verdadeira dignidade é excelência do homem, radica na moral, quer dizer, na virtude. A virtude é patrimônio comum de todos os mortais, acessível por igual a altos e baixos, a ricos e pobres. O Estado tem que tutelar em primeiro lugar os bens da alma, pois que a vida mortal, mesmo que boa e desejada, não é, contudo, o fim último para o qual fomos criados. A ninguém é permitido violar impunemente a dignidade humana, a qual Deus mesmo dispõe com grande reverência, nem colocar-lhe freio, na marcha por seu aperfeiçoamento, que leva a vida eterna dos Céus. Mais ainda, nem por vontade própria pode o homem ser tratado, nesta ordem, de maneira inconveniente ou submeter-se a uma escravidão da alma, pois não se tratam de direitos de que o homem tenha pleno domínio, sim de deveres para com Deus e que devem ser guardados pontualmente.

⁶⁴ STILWELL. *Caminho da justiça e da paz*, p. 33.

⁶⁵ Que mais tarde viria a ser defendida por Pio XII e consagrada de forma cabal por João Paulo II, como a melhor forma de se atingir a dignidade humana.

soberania do povo, porque se opunha ao princípio tradicional de que todo o poder emana de Deus. Assim a dignidade humana, em nosso século, começava a se opor até mesmo a Igreja, em nome de uma liberdade de consciência e de reflexão sobre a existência do próprio homem.

Os sucessores de Pio X, ou seja, Bento XV e Pio XI⁶⁶, encontraram o mundo entre a guerra e regimes totalitários, condenando toda e qualquer forma de opressão do homem e da liberdade cristã. O fascismo e o nazismo foram condenados por encíclicas, sendo que em 1931 foi publicada a encíclica *quadragesimo anno*, onde dava nova força ao catolicismo social impulsionado pela *rerum novarum*⁶⁷. Em 12 de março de 1917, a Rússia, com a revolução, suprime a Igreja Oficial e declara a liberdade de todas as religiões, mas o partido comunista Russo empreendeu uma violenta perseguição aos religiosos, principalmente aos católicos. Entretanto, a Polônia, com sua quase totalidade de população católica, logo estabeleceu relações com Roma. “*De la fidelidad del pueblo polaco al Catolicismo, se puede esperar mucho para lo provenir, aun cuando todavía tenga que luchar contra muchas dificultades*”⁶⁸.

3.3.2 O Nascimento de “Lolek”

Este tópico, antes de mais nada, é uma homenagem ao homem, que ao meu ver, transformou o cristianismo desse século, agarrado aos pensamentos e idéias dos Papas mais recentes, desde Leão XIII, e voltado para o próximo. Sua importância está em ser ele um divisor de águas da Igreja em sua relação com a dignidade do próximo.

“*Segundo se conta, não houve dor. No momento do parto, a mãe pediu*

⁶⁶ Este Papa foi o que assinou o tratado de Latrão, pelo qual a Santa Sé reconhecia o Estado Italiano e este, por sua vez, reconhecia o Estado do Vaticano e indenizava a Santa Sé pelos prejuízos sofridos com a perda de bens gerada pela unificação italiana. Assim, o caminho estava aberto para um “diálogo em pé de igualdade entre a autoridade suprema da Igreja Católica e o mundo contemporâneo”. (STILWELL, 1993. p. 128) E foi em seu pontificado que foi assinado um tratado entre a Santa Sé e o regime alemão de Hitler, no ano de 1933 - aqui ainda impera, salvo engano, o ter sobre o ser.

⁶⁷ “ *Todavía no se ha definido enteramente el efecto de la guerra mundial para la Iglesia católica; por lo cual sólo se pueden exponer los resultados que ya actualmente se han mostrado de una manera clara. La campaña de calumnias que las partes beligerantes han desplegado y la manera como se ha ejecutado la victoria contra las potencias centrales, ha engendrado un odio anticristiano entre los pueblos, el cual será difícil de desarraigar por mucho tiempo*” (MARX, 1924. p. 727).

⁶⁸ MARX. (1924. p. 728). O autor, no meu entender, conseguiu visualizar o futuro, analisando o passado e os acontecimentos do então presente.

à parteira que abrisse a janela para que os primeiros sons que seu filho recém-nascido ouvisse fossem o canto em honra de Maria, Mãe de Deus"⁶⁹.

Em 18 de maio de 1920, no meio de uma guerra (entre a polônia e a República Soviética de Lenin), nasce um menino, de nome Carolus Josephus, que recebeu o apelido carinhoso de Lolek, filho de uma família simples, católica, o pai era militar e a mãe, já com a saúde delibitada, costureira. A família era composta também pelo irmão mais velho de Lolek, Edmund, chamado pelo irmão de Mundek. Em 13 de abril de 1929, quando Lolek tinha oito anos de idade e estava na escola, sua mãe faleceu, desaparecendo a "*alma do lar*"⁶⁹, sem que ele pudesse estar por perto. Tal acontecimento roubou deste menino a alegria de viver. Mas a vida ou o destino não guardavam apenas esta surpresa para Lolek. Era ele muito ligado ao irmão com o qual fazia grandes caminhadas e estavam sempre jogando futebol (Lolek, Mundek e o Pai gostavam muito de futebol, nas horas vagas, pois Mundek cursava faculdade de medicina), o que fazia Lolek esquecer a perda e ausência da mãe. Depois de se ter acostumado com a perda da mãe, aos 12 anos, o irmão Edmund, já médico, faleceu de escarlatina, sendo contaminado no desespero de salvar a vida de uma jovem no hospital onde trabalhava. Assim, outro membro da família desaparecia sem a presença de Lolek. Anos mais tarde, Lolek diria "*A morte de meu irmão provavelmente me afetou mais profundamente do que a de minha mãe, devido às circunstâncias peculiares, que sem dúvida foram trágicas, e porque eu estava mais velho*"⁶⁹.

Dessa data em diante, Lolek tinha sua vida mais mergulhada na religião católica e tornava-se, cada vez mais, uma pessoa introspectiva e silenciosa, convivendo intensamente apenas com o pai. Como no local onde vivia existia uma comunidade judaica forte e bem organizada, a sua infância foi uma mistura de ensinamentos católicos e aprendizado de cultura israelita. Aos quatorze anos, conheceu o teatro, que ergueu o véu de melancolia que se abatia sobre a sua personalidade.

Ainda na sua juventude, já detinha pensamentos que cruzavam o socialismo e o humanismo cristão, falando em concreto sobre a "*imoralidade do hiato entre ricos e pobres*"⁶⁹. Já durante a segunda guerra mundial, Lolek fez parte do grupo "O Rosário Vivo", o qual se dedicava a seguir o mandamento de Cristo de "amar a Deus e ao próximo" dia após dia, em todos os aspectos de sua existência. Além disso, trabalhou em uma pedreira e em uma fábrica química do grupo empresarial Solay, como trabalhador braçal, experiência que iria contribuir e muito para a consolidação de seus princípios. Nesse período, teve contato íntimo com o totalitarismo e as violações da dignidade do homem em sua forma

⁶⁹ BERNSTEIN; POLITI. Sua Santidade.

mais brutal⁷⁰.

Em 18 de fevereiro de 1941, aos vinte anos de idade, em meio a um inverno muito rigoroso, quando retornou a sua casa (um apartamento no porão de um prédio) do trabalho obrigatório que realizava, encontrou seu pai morto e não parava de gritar que Deus lhe tinha golpeado pela terceira vez, pois não pôde estar com os seus (mãe, irmão e pai) nos últimos instantes de suas vidas, tendo escrito o seguinte poema:

“Sei que sou pequeno
mas há outros ainda menores do que eu,
Ele me escolheu,
Ele me lança cinzas
Ele pode fazer isso
mas por quê?
Por que fazer isso comigo?
Ele é o Provedor”⁷¹

Aos vinte anos de idade, Lolek tinha perdido todas as pessoas que amava, era uma pessoa só em um mundo em guerra. No meio da guerra, Lolek resolveu ser padre e, em segredo, freqüentou o seminário (os seminários estavam proibidos de funcionar pelos nazistas), sendo ordenado em 01 de novembro de 1946, quando um amigo, Juliusz Kydrynski, resumiu a sua personalidade dizendo que Lolek *“era como todos nós. Mas, ao mesmo tempo, era diferente porque fora escolhido”*⁷¹. A vontade de Lolek era e é, sem dúvida, divulgar o humanismo cristão e defendê-lo em toda a sua plenitude.

3.3.3 A Dignidade toma fôlego

A dignidade humana tomou força e seguiu o seu caminho, sendo amparada agora pela vontade política da Igreja que via nela a peça fundamental de sobrevivência e a luta contra ideologias que previam o extermínio da religião, como era o caso do comunismo. Pio XII, obcecado por frear o comunismo,

⁷⁰ Presenciou a morte de amigos de infância por causa da religião e origem étnica; a utilização de pessoas em experiências médicas; a classificação de pessoas em sub-humanas por não serem alemãs, entre outras coisas.

⁷¹ BERNSTEIN; POLITI. Sua Santidade.

chegou a aprovar uma decisão do Santo Ofício, em 1949, de excomungar os católicos que aderissem ao comunismo ou votassem a favor dele. Em 1954 e 55, nas mensagens de natal, exortou os católicos pela liberdade dos povos oprimidos pelo comunismo, fazendo apelos à independência⁷². Mas a contribuição maior de Pio XII para com a dignidade humana foram suas mensagens de natal de 1942 e 1944, em plena segunda guerra mundial. Na primeira (que ocorreu seis anos antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem), Pio XII formulou os fundamentos da pessoa humana. Na segunda, *Benignitas et humanitas*, coloca esses fundamentos com relação ao Estado de Direito, sobre uma base de ordem natural “*pues frente al Poder político, la garantía de las personas no puede resistir tan sólo en los textos constitucionales, sino en la constitución orgánica de la sociedad, en la que la familia es lá célula*”⁷³.

Nessa mensagem, o Papa “ultrapassou a simples análise conjuntural. Tratou-se do primeiro reconhecimento claro, ainda que cauteloso, por parte do supremo magistério da Igreja, das virtualidades positivas da democracia”⁷⁴.

João XXIII deu uma virada no pensamento cristão. Baseando-se em Pio XII e ampliando o sentido social da Igreja, publicou a *Mater et magistra* que abordava a questão social reivindicando uma solidariedade mundial para reduzir a miséria e denunciando a diferença exagerada entre os países ricos e os pobres e que isso poderia gerar uma fonte de conflitos. Finalmente, na encíclica *Pacem in terris*, a dignidade humana foi tratada como tema central sob o prisma dos direitos do homem, os quais eram a base universal da concórdia⁷⁵. O segundo Papa com a designação de João XXIII na história da Igreja foi mais longe, anunciou, em 1959, a reunião de um concílio para o *aggiornamento* (atualização) da Igreja.

3.3.4 O Concílio Vaticano II e a dignidade

Depois de aberto o concílio, João XXIII faleceu e seu sucessor, Papa Paulo VI, ficou encarregado de concluir os trabalhos. Desde o início, surgiu uma verdadeira disputa entre duas alas da Igreja, uma mais moderna e outra tradicional. A primeira tinha vontade de lançar a Santa Sé com mais força no

⁷² Neste ponto, não consigo perceber se a vontade era defender a dignidade humana em toda a sua plenitude ou impedir a derrocada da Instituição Religiosa em parte do mundo. Mais uma vez persiste a dúvida se as atitudes eram tomadas em nome do amor ao semelhante ou o instinto de sobrevivência dos padres.

⁷³ GONZÁLES PÉREZ. Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino.

⁷⁴ STILWELL. *Caminhos da justiça de da paz*, p. 127-128. Nos parágrafos 7-13 do texto fica assinalado: “A Igreja, na expressão de Leão XIII, não proíbe preferir governos fiscalizados de forma popular nem reprova qualquer forma de poder desde que adequada a assegurar o bem dos cidadãos. A atenção que nesta mensagem se dirige para a questão da verdadeira democracia, tem por fim não a organização exterior das sociedades, mas a pessoa, seu sujeito, fundamento e fim”.

⁷⁵ Enquanto a encíclica *mater et magistra* era destinada ao clero e aos fiéis de todo o mundo católico, a *pacem in terris* tem como público alvo todos os homens de boa vontade.

mundo moderno. A segunda tinha o objetivo de não alterar em nada a estrutura e a doutrina da Igreja para o mundo.

Apesar do racha interno, esse concílio aprovou algumas medidas importantes, quais sejam:

I) A constituição *gaudium et spes* (Alegria e Esperança) – pela qual a Igreja declara que participa das alegrias e das esperanças, mas também das tristezas e das angústias do homem e do mundo e que o salvamento do homem deve se dar por inteiro, ou seja, corpo e mente, coração e consciência, inteligência e vontade, dando amparo e fortalecendo a dignidade humana⁷⁶.

II) Declaração *dignitatis humanae* – que afirmava, com força, que a liberdade religiosa é um direito fundamental do homem, isto em aplicação do Evangelho, tendo Deus dado sempre provas de um grande respeito pela livre escolha das suas criaturas⁷⁷. Em seu início, o texto explicitava a natureza social e civil de seu conteúdo: “*As pessoas estão cada vez mais conscientes da sua dignidade de pessoa humana e aumenta o número dos que reivindicam não só a capacidade de agir guiados pela consciência do dever, mas também a delimitação do poder público*”⁷⁸.

III) Decreto *unitates redintegratio* – que declarou o concílio como ecumênico unindo às Igrejas. Admitiu-se que os sacramentos eram válidos entre os ortodoxos e os protestantes que foram reconhecidos como irmãos do Senhor, além de depositar uma parcela de culpa aos católicos da reforma do século XVI.

Com tais decisões, a questão é saber se, de fato, houve alguma alteração da Igreja com relação aos direitos do homem e sua dignidade. Alguns⁷⁹, entendem que esses direitos são “*o filho ilegítimo que a Igreja Católica adotou neste Concílio, depois de lutar durante séculos contra a sua afirmação e institucionalização*”.

As decisões deste concílio foram logo postas em prática por Paulo VI, que depois de um acordo com o Patriarca de Constantinopla, Atenágoras,

⁷⁶ Texto onde João Paulo II, então Arcebispo, participou de forma construtiva, “*é o texto mais dinâmico do Concílio e o que mais aponta para a frente, tornou-se para ele numa espécie de máxima de vida. Está profundamente convencido do significado providencial do concílio Vaticano II, de que o Espírito Santo deu aqui novas tarefas à Igreja - desde o movimento litúrgico ao movimento ecumênico, até a liberdade religiosa, ao diálogo entre as religiões, ao diálogo com os judeus e ao encontro com o mundo moderno.*” RATZINGER. (1996) (Cardeal, Prefeito da Congregação para a Doutrina da Fé).

⁷⁷ Entretanto, aqui a liberdade religiosa aparece como uma derivação da dignidade humana, mas uma liberdade direcionada para um ato de fé cristã, ou seja, uma liberdade religiosa conciliável com a doutrina católica tradicional, no sentido de que todo homem tem o dever moral de aceitar a verdadeira e única Igreja de Cristo, conforme também visualiza MACHADO (1993).

⁷⁸ STILWELL. *Caminhos da justiça e da paz*

⁷⁹ MENCHENRECHTE.

levantaram as excomunhões datadas de 1054, que tinham provocado o cisma da Igreja e, em 1967 o Papa convidava a todos a combater a miséria e lutar contra a injustiça através da encíclica *populorum progressio*. Na onda de modernidade, o Papa editou duas encíclicas, uma que recordava o celibato aos padres (*Sacerdotalis caelibatus*) e outra que não admitia senão o controle natural dos nascimentos (*Humanae vitae*). Além disso, implantou mudanças na liturgia como a celebração da missa voltada para os fiéis, na língua local, com o recebimento da hóstia consagrada na mão. Tais mudanças ou imposições de condutas desagradaram os novos que queriam liberdade sexual e os antigos que desejavam as regras rígidas, sem respeitar as decisões do concílio⁸⁰. Nesse panorama, a Igreja, ainda hoje, se encontra em processo de “*assimilação do Concílio Vaticano II*”⁸¹.

3.4 A Igreja e o Humanismo Cristão⁸², a arrancada final

Após a curta passagem de João Paulo I pelo trono de Pedro, foi eleito, em outubro de 1978, um Papa de 58 anos, de origem polaca.

“Em meio a discórdia Deus toca
Um enorme sino
Para o Papa Eslavo
O trono está vago.
Este não fugirá da espada
Como aquele italiano
Como Deus, corajosamente enfrentará a espada
Para ele, o mundo é pó,
Olhe, aí vem o Papa Eslavo,
Um irmão do povo”⁸³

⁸⁰ Entre eles pode ser citado o caso de Marcel Lefevre que dizia que a missa de Paulo VI era “protestante”.

⁸¹ RATZINGER. O sal da terra.

⁸² Apesar de aparentemente não se conjugarem, as expressões têm um significado convergente. Claro que o humanismo dá valor e acredita no homem e o cristianismo dá valor e acredita em Cristo sem qualquer tipo de questionamento. Entretanto a expressão “humanismo cristão” significa que o homem, dando o devido valor ao seu semelhante através do reconhecimento e o respeito de sua dignidade, consegue ultrapassar a barreira das relações sociais tradicionais e fica cada vez mais perto do ensinamento de Cristo.

⁸³ BERNSTEIN. Sua Santidade, p.46.

Finalmente, Deus lhe tinha mostrado a missão que deveria cumprir entre os homens, e Lolek chega ao cume da Igreja com a missão de mudá-la, nasce João Paulo II. Diante de sua origem e princípios, decidiu ser o maior defensor dos direitos do homem, na qualidade de pastor e num sentido cristão. Transformar a sociedade mundial necessitava de grandes esforços no sentido de libertar a todos das opressões, das guerras, da fome e da decadência moral. Insiste ele na dignidade do homem e da família, esta sendo a célula central de toda a sociedade, a base de formação do homem de amanhã, ou seja, da sociedade do século XXI.

Orienta a Igreja no sentido de que a fé respeita a diversidade dos povos, permitindo alterações na liturgia para as necessidades de cada povo, dando asas, inclusive, ao movimento carismático⁸⁴. Dessa forma, torna-se o Papa missionário, em peregrinação pelo mundo. Talvez, essa visão devesse ser o dogma da Igreja, desde a sua inicial edificação, mas só quase dois mil anos depois é que se torna realidade a preocupação com o homem, como criatura de Deus e suas necessidades enquanto ser humano. Nesse instante, finalmente, aparece uma luz no fim do túnel do Catolicismo estruturado, começa assim a Igreja com Dignidade Humana para alcançar a Dignidade Humana na Igreja.

O mundo comunista interessa vivamente ao Papa, mas não só, como no passado, por causa dos maus-tratos realizados para com a Igreja e sua estrutura organizacional, mas sim, também, pela privação dos homens que ali vivem de seus direitos fundamentais. João Paulo II foi o grande mentor da queda, não só do muro de Berlim, mas de todo o comunismo do leste Europeu, em nome da liberdade dos povos, do respeito às suas singularidades e sua dignidade. Diante de sua experiência pessoal, toma todas as atitudes para alcançar uma "aliança" com as demais religiões. Com a Igreja Grega planeja e realiza, em diversos momentos, cerimônias ecumênicas. Com a Igreja Judaica afirma que "*não existe responsabilidade colectiva dos judeus na paixão de Cristo*"⁸⁵ e, em recente acontecimento público, de uma forma direta pede desculpas ao povo judeu pela pouca ou falha atuação da Igreja Católica diante das atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial que os afetaram diretamente.

Ao que parece, a Igreja Católica, sob o comando de Lolek, constitui um marco para a História. A profunda espiritualidade que domina todas as suas

⁸⁴ O qual propõe uma liturgia mais voltada para a encenação teatral do que para o silêncio da oração, tendo vários expoentes, como os Padres Zeca e Marcelo Rossi, no Brasil, fazendo lembrar, os cultos de certas igrejas, como a Universal do Reino de Deus. Os que defendem esta doutrina dizem que é o reencontro da Igreja Católica com seus fiéis, os quais dotados de coragem emocional, divulgam com amor a palavra do Senhor, defendendo a dignidade do homem. Outros vêm nessa prática uma forma de nivelamento por baixo da Igreja para, recuperando os fiéis, não perder a supremacia religiosa e o poder temporal decorrente, no mundo, principalmente na América do Sul, onde existe o maior rebanho católico do planeta, descuidando assim da dignidade humana.

⁸⁵ TOURAULT. A história concisa da Igreja, p.310.

mensagens faz com que a dignidade humana alcance grau de excelência jamais visto. Uma de suas grandes preocupações é, no dizer de Victoriano Rodríguez⁸⁶ “*el auténtico humanismo cristiano o la auténtica y cabal dignidad de la persona*”. A partir daí, a dignidade humana aparece como princípio e fundamento de todas as atitudes da Igreja, sendo invocada e dando sentido às mais diversas atividades do homem na terra.

Nos escritos oficiais, não podia ser diferente. *Redemptor hominis* e *Dives in misericordia* assinalam que a dignidade humana, oriunda do bem maior que é o homem, revela e fundamenta a misericórdia.

Em outro texto, *Familiaris consortio* fica clara a posição da igreja atual sobre a família como célula da sociedade e que a dignidade humana dá sentido às suas relações internas e externas (entre os membros e com os demais da coletividade), chamando a atenção de todos para o amor, “*el hombre está llamado al amor en esta su totalidad unificada. El amor abarca también el cuerpo humano y el cuerpo se hace partícipe del amor espiritual*”⁸⁷. Com o aniversário de noventa anos da publicação da *Rerum Novarum*, a Igreja declara a dignidade do trabalho, como parte integrante da dignidade do homem, através da *Laborem exercens*⁸⁸, chamando a atenção para as mudanças políticas, econômicas e tecnológicas e sua relação com o trabalho.

A preocupação com a dignidade do homem é tamanha que, em todas as suas viagens, o Papa ressalta o tema, como ocorreu em sua visita ao Peru, em fevereiro de 1985, quando disse: “*O homem que tem tentado se converter em amo absoluto da natureza e até a não necessitar do Senhor em seu processo autônomo de criação e redenção, tem conhecido em nosso século expropriações colossais de dignidade e de direitos*”. Tal assertiva não é exclusiva da Igreja, vários pensadores e filósofos contemporâneos assumem essa posição cristã, dizendo que “*La era de los derechos humanos es al mismo tiempo la era del desprecio a la vida inocente y más necesitada, mediante la legalización del aborto, la eutanasia, la sacralización de la violencia y la liturgia del terrorismo*”⁸⁹.

Em outro episódio, uma recente passagem (final de 1998 ou início de 1999, salvo engano) pelos EUA, oriundo de Cuba, o Papa, pela primeira vez e contra o catecismo, condena a pena de morte como uma violação brutal da dignidade do homem.

Mas é dentro da própria Igreja que surgem as maiores resistências para um Papado ecumênico com base no Concílio Vaticano II, como o caso já citado

⁸⁶ VICTORIANO RODRIGUES. *Temas-clave de humanismo cristiano*, p. 43.

⁸⁷ GONZÁLES PERÉZ. *La dignidade de la persona*, p. 49.

⁸⁸ Esta encíclica reflete algumas das idéias do texto *Promethidion*, de Cyprian Norwid, poeta-filósofo do século XIX, conforme se vê em BERNSTEIN (1996, p. 47). Só foi ela publicada em 14 de setembro/81 e não em 15 de maio como estava previsto, devido ao atentado sofrido pelo Papa, na Praça de São Pedro.

⁸⁹ BLÁSQUEZ. *Los derechos del hombre*, p. 3.

de Marcel Lefebvre.

Além disso, na América, surge a Teoria da Libertação através de teólogos da envergadura do padre peruano Gustavo Gutiérrez e do monge brasileiro Leonardo Boff. A teoria da libertação, apesar de defender as idéias do Papa e do Concílio sobre a dignidade do homem e o seu respeito pelo próximo, defende, em linhas gerais, de forma mais radical, a luta entre as classes e até o uso da violência como forma de conseguir, o mais rápido possível, a dignidade tão almejada pelo clero. Tais soluções para se chegar ao respeito pela dignidade humana não são aceitas pelo Papa, gerando um novo cisma na Igreja, desta vez em um continente em que a maioria da população é católica (principalmente no Brasil onde, segundo pesquisas recentes, oitenta e cinco por cento da população, que é de 170 milhões de pessoas, é católica), apesar de nunca ter criticado aberta e formalmente a teologia da libertação⁹⁰.

Em sua encíclica *Centesimus Annus* (01.05.91), escrita para comemorar os cem anos da encíclica *Rerum Novarum* o Papa relembra que a riqueza de hoje está baseada no conhecimento e não em recursos naturais ou meios de produção, declarando sua simpatia por um mundo mais democrático, pois é sistema que permite a melhor participação dos indivíduos nas decisões políticas da sociedade. No campo espiritual, prepara a Igreja para o novo século e milênio, no qual tem ela a obrigação de mostrar o caminho da humanidade, proclamar a verdade e comunicar a vida através do grande movimento em defesa da pessoa. Em 14 de novembro de 1994, João Paulo II publicou uma carta apostólica, *Tertio Millenium Adveniente* (Ao se Aproximar do Terceiro Milênio), na qual convoca os filhos da Igreja a uma reflexão ao arrependimento pelos atos de intolerância e violência praticados pela Igreja durante os séculos em nome da verdade, principalmente no que se refere à Inquisição e ao anti-semitismo.

Entretanto, o mundo não vê de uma mesma forma a mensagem do Papa. A comunidade cristã comunga com o Papa quando este fala em suas missas sobre a dignidade do homem, sua defesa, sua proteção e na luta moral e cívica pelas liberdades básicas de todos os povos. Entretanto, quando o assunto é a moral cristã, a quase totalidade não discorda, mas se faz de surda aos apelos da Igreja⁹¹.

⁹⁰ Os seus princípios assim se definem: "A opção pelos pobres contra a sua pobreza e em favor de sua libertação constitui e continua a constituir o núcleo axial da TDL. Optar pelos pobres implica uma prática: significa assumir o lugar do pobre, sua causa, sua luta e, no limite, seu destino muitas vezes trágico. ... Desde os primórdios o cristianismo cuidou dos pobres. Mas nunca se lhe havia dado tanta centralidade teológica e político-transformadora como lhe foi conferido pela TDL. ... Por isso devemos enfatizar que não são as igrejas que libertam o pobre, nem o Estado beneficente (socialismo ou social democracia), nem as classes que o assistem. Podem ser aliados dos pobres com a condição de não subtrair-lhes o protagonismo nem a hegemonia. Somente podemos falar de libertação quando o pobre mesmo surge como sujeito principal da sua caminhada, mesmo apoiado por outros aliados." (BOFF; BOFF; REGIDOR, 1996. p. 120 - 122).

⁹¹ Hoje, por exemplo, apenas 1% dos Franceses acatam as posições oficiais da Igreja para as grandes decisões da vida. (TOURAULT, 1998. p. 311)

Apesar de tudo, a Igreja de hoje, através de João Paulo II, está sendo renovada com a finalidade de encontrar no próprio crente a mais poderosa arma do homem em favor da dignidade humana em toda a sua plenitude, inclusive na sua relação temporal e espiritual com Deus, voltando a Santa Sé para o fim primeiro de sua existência "amar ao próximo como se fosse a si mesmo".

4 Conclusão: A Igreja do novo século. A resposta está no vento

Pelo que se conseguiu amearhar de informações para a elaboração do presente trabalho, fica claro que a maior virtude do homem é tentar, de forma sincera, se igualar ao Criador. A Igreja, dentro de seu papel de "casa de Deus" exerce uma forte influência sobre o livre-arbítrio ou a vontade do homem, tanto em seu aspecto bom como ruim. Se é certo que só a fé salva, também é certo que em muitos momentos do homem, a fé, através da Igreja, escravizou-o por demais.

Durante quase mil e novecentos anos, a Igreja, como Instituição, preocupou-se mais com o "ter" do que com o "ser", deixando de lado o homem, suas preocupações reais com sua vida e a existência depois dela. A Santa Sé tinha um único objetivo durante esse período, que era de se manter acima de qualquer reinado, fazendo do Papa o Rei dos Reis e com isso incentivou guerras, destruição, intrigas, homicídios e "endossou", em nome do poder, algumas das barbáries da raça humana.

Esse erro talvez tenha começado, ao meu ver, com a escolha errada dos apóstolos. Nesse sentido, Judas (Deus já tinha estabelecido o destino de seu Filho) proporcionou menos mal ao homem do que Pedro que, apesar de ser a pedra da Igreja, difundiu o preconceito, definiu o racismo e pregou a supremacia da Igreja em relação às demais confissões religiosas esquecendo-se do mandamento maior de Jesus, o amor ao próximo.

Talvez, na virada deste milênio haja a possibilidade de, com este Papa, inspirado em sua experiência pessoal e nos ensinamentos de seus antecessores como Leão XIII, Pio XII, João XXXIII e Paulo VI, possamos entrar na verdadeira era da fraternidade entre os povos⁹² e na eficaz e salutar defesa da dignidade do homem, e para isso, diferente do que ocorreu no começo da Igreja, o exemplo vem de cima, só bastando a vontade do homem em respeitar o seu semelhante. Para que isso ocorra, a resposta está no vento, mas não no vento que tudo dispersa e sim no sopro do Espírito Santo⁹³, o sopro do amor para com o próximo, um amor que se traduz no avanço da medicina a serviço da vida humana, na luta responsável pelo meio ambiente, na busca da paz entre os povos, na unidade dos cristãos, no diálogo com as demais religiões (porque, no fundo, todos, sem

⁹² Esse é o pensamento do Cardeal Lustiger: "Só agora está-se perante o começo da era cristã." (RATZINGER, 1997. p. 207)

⁹³ "que santifica todo o homem, alma e corpo - confere uma dignidade superior à pessoa humana, e dá novo valor às relações interpessoais, mesmo corporais,...Ele mesmo, efectivamente, como Pessoa-Amor residindo no homem, cria na alma como que uma exigência interior de viver no amor". (PAULO II, 1998. p. 33-34)

distinção, somos filhos de Deus), amor que é o elo de ligação do homem com Deus e seu Filho.

O que se tem de certo é que a Igreja Católica, por muitos séculos, teve o domínio intelectual necessário para promover e ampliar o conceito de direito fundamental e dignidade humana. Entretanto, não se importou com isso, pois não era, então, de seu interesse. Agora, na virada do milênio, a Igreja estabelece que sua meta é o homem e sua dignidade e prevê para o novo século uma maior proteção do conteúdo humano por parte do Estado, empenhando-se de forma séria e firme em nome da dignidade, mas ainda tem que corrigir algumas distorções existentes em sua própria doutrina, como é o caso do catecismo.

Por fim, poderíamos complementar o conceito de Jesus sobre dignidade humana, como sendo amar ao próximo como se fosse a si mesmo, com respeito mútuo, no qual o direito de um termina onde o do próximo começa, pois o homem só se afasta de sua dignidade como ser humano quando, divorciado do amor pelo semelhante, impõe a outros a sua própria vontade.

Referências Bibliográficas

BERNSTEIN, Carl; POLITI, Marco. *Sua Santidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

BLÁZQUEZ. *Los derechos del hombre*. Madrid, 1980.

BOFF, Clodovis; BOFF, Leonardo; REGIDOR, José Ramos. *A Teologia da Libertação, balanço e perspectivas*. São Paulo: Ática, 1996.

BOFF, Leonardo. *Igreja: carisma e poder*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

GARCIA, López. *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*. Pamplona:[s.n.], 1979.

GARRIDO, Falla et al. *Comentarios a la constitución*. 2. ed. Madrid [Civitas], 1985.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1999.

LARENZ, Karl. *Derecho justo fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa*. Coimbra: [s.n.], 1993.

MILLÁN Puelles. *Persona humana y justicia social*. Madrid: [s.n.], 1973.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: [s.n.], 1998.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998.

PAULO II, João. *A fé e a razão*. Lisboa: Paulus, 1998.

_____. *A resposta está no vento*. Lisboa: Livros do Brasil, 1998.

PÉREZ BUSTAMANTE, C. *Compendio de historia universal*. 7. ed. Madrid: Atlas, 1943.

RATZINGER, Joseph. *O sal da Terra*. 2. ed. Lisboa: Multinova, 1996.

STILWELL, Peter. (Coord.) *Caminhos da justiça e da paz*. 3. ed. [Lisboa]: Rei dos Livros, 1993.

TOURAULT, Philippe. *A história concisa da Igreja*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

VICTORIANO RODRÍGUEZ. *Temas-clave de humanismo cristiano*. Madrid: [Speiro], 1984.

LEGAZ, Lacambra. La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre. *Revista de Estudios Políticos*, n. 55.

SOTO KLOSS, Eduardo. La dignidad de la persona, fundamentos de los derechos humanos. In: MASSINI, Carlos Ignacio (comp.). *Los Derechos Humanos*. [Mendoza]: Idearium, 1985.

ENSAIO SOBRE A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ROSÂNGELO RODRIGUES DE MIRANDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução – 1 Da estrutura da Convenção – 1.1 Preâmbulo – 1.2 Deveres dos Estados e direitos protegidos – 1.3 Meios de proteção – 1.4 Disposições gerais e transitórias – 1.5 Conflitos entre Normas de Direito Internacional e Normas de Direito Interno – 2 Autonomia privada, um conceito em relação – 3 A tutela da autonomia privada na Convenção Americana dos Direitos Humanos – 3.1 Liberdade pessoal – 3.2 O direito de afirmar a própria diferença dentro do quadro maior da pluralidade social – 3.3 Direito à integridade pessoal – 3.4 Proteção da dignidade pessoal – 3.5 Proteção à vida privada – 3.6 Liberdade de pensamento e de expressão – 3.7 Direito à Propriedade Privada - Conclusão

Introdução

No quadro maior da proteção internacional dos direitos humanos iniciada em 1789 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e reafirmada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), blocos de países que habitam geograficamente espaços específicos do globo terrestre entenderam por bem editar, no âmbito de suas jurisdições, Declarações de Direitos que vinculassem, de modo restrito, os países de suas regiões, possibilitando, assim, um controle mais concreto e efetivo do respeito às normas protetoras do que aquele propiciado pelas Declarações Universais, que, dada sua alta abrangência, passariam a ter caráter supletivo, isto é, as normas das Declarações Universais incidiriam de modo a complementar as prescrições contidas nas Declarações Regionais de Direitos Humanos¹.

São exemplos desses instrumentos regionais de proteção dos direitos humanos a Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950, a Carta Africana dos Direitos Humanos, de 1981, e a que nos toca de maneira particular,

¹ PIOVESAN, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.220.

pois o Brasil ratificou-a em 25 de setembro de 1992², a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, desse modo, concretizou no âmbito dos Estados americanos o amplo desejo mundial de proteção dos direitos imprescindíveis ao viver humano, criando não só um rol de prerrogativas, mas também prevendo procedimentos e cortes jurisdicionais às quais os indivíduos submetidos às suas normas poderão recorrer para pleitear seus direitos.

Neste clima, a hipótese a ser desenvolvida neste ensaio divide-se em três etapas. Na primeira, apresentaremos, ainda que de maneira resumida, as principais prescrições e os procedimentos jurisdicionais contidos na Convenção Americana atinentes à proteção dos direitos humanos. Em seguida, após elaboração do conceito de autonomia privada, procuraremos examinar, de um modo mais pormenorizado, como a Convenção Americana trata da tutela dessa autonomia.

Tal procedimento justifica-se não pelo menoscabo dos textos jurídicos internacionais de ordem mais geral no que tange à proteção da autonomia privada, ou mesmo pelo desprezo à ordem jurídica interna do País, como a nossa Constituição e as leis ordinárias que asseguram, no pormenor, aos indivíduos a fruição da autonomia privada como um direito inerente à personalidade. Pelo contrário, parte-se da certeza de que, no âmbito da proteção dos direitos humanos como um todo, e da proteção da autonomia privada, em particular, uma possível sobreposição tautológica de normas relativas ao tema deve ser considerada como esforço didático e auto-referencial, a impor a idéia de que tais prerrogativas são de tamanha indeclinabilidade que devem ser protegidas, de modo complementar, em todos os níveis de jurisdição. Desse modo, um apanhado geral da estrutura da Convenção Americana, a propiciar uma visão ainda que ligeira de todo seu funcionamento, não é exercício inútil.

Por outro lado, a percepção da maneira pela qual a autonomia privada

²“O Brasil aderiu à Convenção por ato de 25 de setembro de 1992, ressalvando no entanto a cláusula facultativa do art. 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro do mesmo ano. Por Decreto Legislativo de novembro de 1998, o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a aderir à Cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. (COMPARATO, A, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. p. 332)

recebe a tutela da Declaração Americana de Direitos Humanos abre ao operador do Direito preocupado com tais questões não apenas um novo horizonte para seu atuar, mas também permite que este possa perceber melhor o modo pelo qual o sistema jurídico interno positiva e trata tais assuntos, pois a abertura sistêmica da ordem jurídica interna brasileira, em particular pelas prescrições do parágrafo 2º do art. 5º da CF de 1988, proporciona uma mutabilidade histórica das determinantes jurídicas, garantindo ao Direito brasileiro, em particular no que tange à proteção dos direitos humanos, uma flexibilidade capaz de acompanhar a dinamicidade não só dos câmbios sociais internos, mas também das mudanças na sociedade mundial como um todo e na regional de maneira específica.³

1 Da estrutura da Convenção

Estruturalmente, a Convenção foi dividida, além do preâmbulo, em três partes. Na primeira foram elencados, de maneira substancial, não só os direitos da pessoa humana a serem protegidos, mas também os deveres que devem ser cumpridos pelos Estados contratantes para alcançar, a bom termo, os fins colimados pela Convenção.

Ao seu tempo, na segunda foram apontados os órgãos com competências jurisdicionais e as regras de processo e procedimentos garantidoras dos direitos convencionados. Por último, a terceira parte diz respeito, principalmente, ao modo como os Estados devem proceder para aderir ou abandonar a Convenção.

1.1 Preâmbulo

Segundo a técnica legislativa, o preâmbulo de uma lei não só constitui sua parte inicial, mas também serve para posicioná-la, tanto no espaço quanto no tempo, perante a ordem legislativa. Outrossim, o preâmbulo expõe os motivos da lei e as circunstâncias com as quais se pode determinar seu valor jurídico.⁴

Partindo dessa noção, podemos verificar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em termos espaciais, possui abrangência regional, dizendo respeito aos Estados democráticos americanos que a ratificaram ou que porventura vierem a ratificá-la.⁵

³ CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 276-277.

⁴ CARVALHO. *Técnica legislativa*, p.56.

⁵ PIOVESAN. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, p.217.

Por outro lado, quanto ao modo de sua entrada em vigor na ordem interna, o direito internacional não prevê regra específica quanto ao método eleito pelo Estado para promover a recepção da norma convencional por seu ordenamento jurídico.⁶ Nada obstante, no Brasil, o tratamento convencional passou a integrar nosso processo normativo desde sua promulgação por ato do Presidente da República, acrescido, por evidente, de sua publicação.

Quanto ao valor jurídico da Convenção, diz seu preâmbulo ter ela natureza coadjuvante ou complementar ao direito interno dos Estados americanos. Desse modo, ela possui estatura hierárquica de lei nacional, não se distinguindo, portanto, dos diplomas legais internos. Por conseguinte, ela está apta a produzir efeitos sobre os indivíduos e sobre as pessoas jurídicas de direito público e privado, que estejam, porventura, sob a égide da jurisdição de qualquer Estado signatário.

No que tange ao bem tutelado, a Convenção Americana procura proteger, atomisticamente e em pé de igualdade, cada pessoa,⁷ dando-lhe a garantia de não-ingêrência do Estado na esfera da liberdade pessoal,⁸ e também procura implementar, através de "direitos econômicos sociais e culturais",⁹ uma justiça social que respeite os atributos essenciais da "pessoa humana".¹⁰

1.2 Deveres dos Estados e direitos protegidos

1.2.1 Enumeração de deveres

O texto da Convenção não só impõe aos Estados o dever de cumprir e respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, como também prevê o dever de agir sem discriminação ou preconceitos de qualquer natureza¹¹. Para tanto, se a ocasião o exigir, a Convenção estipula que os Estados-Partes devem procurar instituir, dentro de seus aparatos legislativos, meios que garantam efetividade aos direitos por ela elencados.¹²

⁶ REZEK. Direito internacional público, p. 83.

⁷ Art. 1º, inciso II, da Convenção.

⁸ Art. 7º, *ibidem*.

⁹ Cap. III, art. 26, *ibidem*.

¹⁰ Preâmbulo da Convenção.

¹¹ Art. 1º, inciso I, da Convenção.

¹² Art. 2º, *ibidem*

1.2.2 Direitos civis e políticos

Partindo do reconhecimento de que toda pessoa possui direito à sua personalidade jurídica, a Convenção afirma o direito à vida como posição filosófico-jurídica basilar. Em decorrência, ela não só o estende ao nascituro, como também procura restringir, ao máximo, as possibilidades nas quais a pena de morte pode vir a ser aplicada.¹³

De modo geral, a Convenção condena quaisquer condutas que possam ferir a integridade física, psíquica e moral do ser humano. Por conseguinte, ela abomina a prática de tortura, de escravidão e de servidão. Outrossim, ela adota o instituto da reserva legal para a definição das condições em que alguém possa vir a ser privado de sua liberdade.¹⁴ A Convenção também recusa a figura dos tribunais de exceção e afirma a necessidade de garantir-se ao acusado o devido processo legal que lhe proporcione o contraditório e a ampla defesa.¹⁵

Ademais, a Convenção reafirma o direito tradicional no Ocidente quanto à liberdade de consciência, de pensamento, de expressão, e no direito de livre-arbítrio em matéria de religião.¹⁶

No exercício da cidadania e no convívio social, o texto da Convenção assegura o direito à reunião pacífica e à liberdade de associação que visem defender interesses legitimados pela ordem democrática.¹⁷

Já na vanguarda do direito de família, a Convenção prescreve que a lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento quanto aos nascidos dentro do casamento, e também convoca os Estados signatários a adotarem medidas adequadas para assegurar a igualdade de direitos entre os cônjuges.¹⁸

Procurando evitar a possibilidade de alguém vir a ser um apátrida, a Convenção garante a toda pessoa o direito à nacionalidade. Para tanto, adota, em última instância, o princípio do *ius soli*.¹⁹

A Convenção reconhece o direito de ir e vir da pessoa, podendo esta circular tanto dentro do território de um Estado contratante, quanto sair de

¹³ Arts. 3º e 4º, *ibidem*.

¹⁴ Art. 5º, *ibidem*.

¹⁵ Art. 8º, *ibidem*.

¹⁶ Arts. 12 e 13, *ibidem*.

¹⁷ Arts. 15 e 16, *ibidem*.

¹⁸ Art. 17, *ibidem*.

¹⁹ Art. 20, *ibidem*.

qualquer país, inclusive o da própria pessoa.²⁰

Quanto aos direitos políticos, a Convenção adota não só o sistema de participação direta dos cidadãos, mas também o sistema representativo de gestão da coisa pública; ocasião em que abraça, como sistema de eleição, o sufrágio universal e secreto em regime de igualdade de condições entre os cidadãos.²¹

Por fim, no âmbito das liberdades e dos direitos da pessoa humana, a Convenção institui que o reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, a integração pessoal, a proibição da escravidão e da servidão, o princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal *in pejus*, a liberdade de consciência e de religião, o direito à nacionalidade e os direitos políticos, dentre outros, não podem ser de maneira nenhuma, objeto de restrições ou suspensões arbitrárias.

1.3 Meios de proteção

Capítulo VI: Órgãos Competentes

O artigo 33 da Convenção relaciona que são “competentes para reconhecer os assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção”:

- a) A Corte Interamericana de Direitos Humanos,
- b) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
- a) Da Corte Interamericana

Dentro do regime da Convenção, por um lado, a Corte funciona como órgão superior, e, por outro, a Comissão funciona como órgão inferior. Ao contrário da Comissão, porém, a Corte não possui outras funções além das elencadas na Convenção em pauta.

A Corte possui competência consultiva e jurisdicional.

a.1) Da competência jurisdicional da Corte

Como órgão superior, a Corte ocupa-se de denúncias examinadas e declaradas admissíveis pela Comissão e que, ademais, tenham cumprido os ritos dos artigos 48, 50 e 61 da Convenção. Entretanto, a inobservância de certas

²⁰ Art. 22, *ibidem*.

²¹ Art. 23, *ibidem*.

formalidades não acarreta o não- conhecimento de um caso contencioso, pois o essencial é que se preservem as condições necessárias para que as partes não sofram restrição ou desequilíbrio em seus direitos processuais e que os procedimentos alcancem os fins para os quais foram designados. Desse modo, a questão não é saber se se cumpriu a Convenção ao pé da letra, mas se foram respeitadas as questões essenciais implícitas nas regras de procedimento contidas na Convenção.²²

a. 2) A competência da Corte *ratione loci*

A competência jurisdicional da Corte não é obrigatória para todos os Estados-Partes. Nada obstante, os Estados podem se submeter a essa competência de dois modos ou procedimentos: dos dezenove Estados que ratificaram a Convenção, nove fizeram uma declaração segundo a qual se reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial a competência da Corte sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana, conforme previu seu artigo 62. Essas declarações foram feitas pela Argentina, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Peru, Uruguai e Venezuela.

Com respeito aos outros Estados-Partes na Convenção, a Corte pode proceder ao exame caso o Estado subscreva uma convenção especial reconhecendo sua competência para efeitos de um caso específico, segundo o artigo 62.²²

a.3) A competência da Corte *ratione materiae*

Para sancionar violação de direitos humanos, a competência da Corte circunscreve-se àqueles casos reconhecidos pela Convenção Interamericana. Assim, ela não possui competência para pronunciar-se sobre, por exemplo, violação à Declaração Universal de Direitos Humanos, mesmo que tais violações sejam cometidas por Estados-Partes da Convenção.²³

a. 4) A competência consultiva da Corte

Podem ser objeto de consulta à Corte tanto questões abstratas referentes à interpretação da Convenção quanto questões interpretativas referentes a caso concreto sob exame da Comissão. Em decorrência, essa consulta pode não só

²² PIOVESAN. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.234-244.

²³ PIOVESAN. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.234-244.

abonar as decisões da Comissão, mas também opinar, abstratamente, se a Corte é ou não competente para conhecer determinadas matérias.

a.5) Da obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana

O texto da Convenção, nos artigos 67 e 68, estabelece que as decisões da Corte são claramente definidas e possuem, segundo o art. 68, inciso 2, caráter *self-executing*, isto é, seu valor normativo resulta do ato mesmo da ratificação da Convenção, sem necessidade de nenhuma ação posterior pelos Estados-Partes. A adoção de legislação nacional eventualmente poderia ser necessária para cumprir com obrigações que se depreendem delas, não, porém, para aperfeiçoá-las como sentenças vinculantes.

b) Da Comissão Interamericana

A função essencial da Comissão interamericana é determinar os fatos e aplicar-lhes o direito. Por ser órgão inferior, as decisões da Comissão não possuem caráter definitivo, cabendo recurso para a Corte.

1.4. Disposições gerais e transitórias

Capítulo X: Assinatura, ratificação, adesão, reserva, denúncia

1.4.1 Assinatura

Diz o artigo 74 da Convenção que esta fica “aberta à assinatura de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos”.

Dentro do campo de expressão do consentimento, a assinatura põe “termo à negociação, exteriorizando em definitivo o consentimento do Estado-Parte e, ademais, dá condições de vigência imediata à Convenção”.²⁴

1.4.2 Ratificação

“Ratificação é um ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime, definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se. Em sede de direito das gentes, este instituto não se deve confundir com a chamada ratificação no sentido constitucional, pois muitos Estados nem chegam a formalizar a ratificação internamente.”²⁵

²⁴ REZEK. *Direito internacional público*, p.49.

²⁵ REZEK. *Direito internacional público*, p.53-54.

No direito brasileiro, a ratificação manifesta-se via decreto legislativo, que outorga ao Presidente da República a faculdade de consentir no plano internacional.

1.4.3 Adesão

A adesão também é uma forma de expressão definitiva do consentimento do Estado. Sua natureza não difere da ratificação: o aderente é, em princípio, um Estado que não negociou nem assinou o Pacto e que, destarte, não pode ratificá-lo, mas que, tomado de interesse e havendo-se antes certificado da possibilidade de ingresso, decide-se tornar parte por adesão.²⁶

1.4.4 Reserva

“A reserva é um qualificativo do consentimento. Define-a a Convenção de Viena como declaração unilateral do Estado que consente visando a excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em relação a esse Estado”.²⁷

1.4.5 Denúncia

A denúncia é ato unilateral de efeito jurídico inverso ao que produzem a ratificação e a adesão. Pela denúncia manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte do acordo internacional.²⁸

1.5 Conflitos entre Normas de Direito Internacional e Normas de Direito Interno

1.5.1 Conflito entre tratado internacional e Constituição

Afirmar que o direito internacional prevalece sobre a Constituição do Estado soberano ainda constitui questão doutrinária, pois não há, em direito internacional público positivo, norma assecuratória de tal primado. Entretanto, cabe afirmar que, quando o conflito de normas for submetido a um juiz internacional, a jurisprudência tem consagrado a superioridade da norma internacional.

No Brasil, é assente o primado da Constituição sobre as normas de

²⁶ REZEK. *Direito internacional público*, p. 91.

²⁷ REZEK. *Direito internacional público*, p. 70

²⁸ REZEK. *Direito internacional público*, p. 111

direito internacional.²⁹

1.5.2 Prevalência do tratado sobre o direito infraconstitucional

“Em parte alguma se coloca em dúvida a prevalência dos tratados sobre leis ordinárias anteriores à sua promulgação. Opera em favor do tratado a regra: *lex posterior derogat priori*.”³⁰

Por outro lado, em caso de conflito entre os dispositivos de um tratado internacional e os de uma lei interna posterior, deve prevalecer a lei nacional.³¹

1.5.3 Paridade entre tratado e lei federal

Tratados e leis federais estão em pé de igualdade, no que tange à hierarquia das leis fundada pelo texto constitucional. Isto significa que os tratados prevalecem sobre a legislação dos estados-membros da federação.³²

2 Autonomia privada, um conceito em relação

Em linhas gerais, conceituar ou definir é uma operação do espírito que procura estender o conhecimento sobre determinado objeto aduzindo-lhe novos predicativos ou qualidades não necessariamente já contidas, *a priori*, na noção captada, de imediato, pela simples apreensão do espírito. Exige, dessa forma, a interligação de termos – o que vai ser definido e o definidor – pela cópula verbal “é”, de modo que se possa afirmar, apoditicamente, verdades sobre o objeto que está sendo conceituado.

Nesta linha de raciocínio, o conceito de autonomia privada é, etimologicamente, a confluência dos termos gregos *autos* e *nomos* e do termo latino *privatus*, de maneira que *autos* é pronome reflexivo a significar a ação do próprio indivíduo sobre si mesmo³³ e *nomos* é a máxima, o uso, o costume com força de lei, ou mais propriamente, a regra de conduta segundo o direito e o costume.³⁴ *Privatus*, por sua vez, é o particípio passado do verbo *privo*, cuja função de adjetivo passa a qualificar aquilo que é próprio, particular, pessoal, ou

²⁹ HORVATH. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional, p.32.

³⁰ REZEK. *Direito internacional público*, p.104.

³¹ REZEK. *Direito internacional público*, p.106.

³² REZEK. *Direito internacional público*, p.105.

³³ BAILLY. *Dictionnaire Grec-Français*, p. 317.

³⁴ BAILLY. *Dictionnaire Grec-Français*, p. 1332.

do simples cidadão.³⁵

Por conseguinte, poder-se-ia conceituar, num primeiro momento, autonomia privada como sendo a capacidade que o indivíduo possui de – dentro do seus atributos próprios e de seu campo de ação pessoal e particular – impor, a si mesmo, de maneira reflexiva, uma regra capaz de determinar, sem a ingerência de terceiros, sua conduta.

Sem embargo, porém, no campo das disciplinas jurídicas não há espaço para definições ou conceitos ontológicos, de verdades últimas; pelo contrário, os conceitos captados no âmago dessas disciplinas são sempre conceitos em relação, isto é, são conceitos que só possibilitam a apreensão de seu campo semântico desde que se capte também sua função pragmática dentro das relações conotativas e denotativas mantidas por ele com outros conceitos no seio do sistema normativo que compõem um determinado ordenamento jurídico.

Assim, a noção de autonomia privada funciona como um princípio informador das normas que têm a função de coordenar as relações jurídicas nas quais os interesses privados são preponderantes. Desse modo, seguindo a lição de Larenz, deriva dessa noção o princípio do maior respeito possível aos direitos alheios e o princípio da intervenção mínima do Estado nos interesses dos particulares, princípios que enfatizam a importância da liberdade individual dos particulares no momento de decidir como, onde e quando agir, relegando, para uma função residual e excepcional, a ingerência do Estado e de outros indivíduos no campo do vivenciar dos particulares.³⁶

Em suma, a noção de autonomia privada faz parte do “domínio da norma” e funcionaria como fator de “concretização”, proporcionando o campo do factual no qual as normas atinentes ao espaço de ação particular dos indivíduos ganhariam contornos mais precisos e obteriam, ao captar “as relações básicas da vida a ordenar pelo programa normativo”, uma visão clara da parcela da realidade substancial relacionada com a norma, e que, portanto, pretende ver-se coordenada via prescrições derivadas do sistema jurídico.³⁷

No que importa para examinarmos a proteção da autonomia privada nos contornos da Convenção Americana de Direitos Humanos, cumpre asseverar que a sedimentação jurídica do conceito de autonomia privada tem demonstrado que ele vai além das preocupações eminentemente patrimoniais, seja de bens móveis ou imóveis, para adentrar no campo dos chamados direitos extrapatrimoniais, também denominados direitos da personalidade, como a

³⁵ FARIA. *Dicionário escolar latino português*, p. 439.

³⁶ LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 497.

³⁷ MÜLLER, Friedrich *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 154-156.

segurança do próprio corpo físico (integridade física, liberdade de ir e vir) ou mesmo pelas liberdades relacionadas com o intelecto (liberdade de consciência, de culto, de divertimento, de privacidade).³⁸

Ademais, deve-se frisar que o direito à autonomia privada não deve ser considerado, em todas as instâncias, de modo absoluto. Pelo contrário, a regra é que se deve interpretá-lo sempre com ponderação, sopesando-o não só perante a autonomia privada dos outros indivíduos, mas também, e principalmente, perante o quadro maior, premente nos dias atuais de vigência do Estado Social e Democrático de Direito, da necessidade de se retirar de cada relação jurídica sua função social.

Assim, podemos concluir que um conceito de autonomia privada adequado às necessidades das disciplinas jurídicas contemporâneas seria: Autonomia privada é a capacidade que o indivíduo possui de, respeitando as determinantes normativas impostas pelas regras jurídicas, determinar-se a si mesmo, seja realizando negócios jurídicos de cunho patrimonial, seja facultando seu consentimento ou criando restrições a terceiros no amplo espectro de direitos inerentes à sua personalidade, tendo, como pano de fundo, a clareza de que seus contornos definitivos só podem ser apreendidos, nos dias atuais, após o devido sopesamento de seus comandos e os valores inerentes ao Estado Social e Democrático de Direito.

3.1 Liberdade pessoal

Localizada no preâmbulo e no art. 7º, a previsão da tutela da liberdade pessoal parte do desejo da Convenção Americana de instituir um regime político democrático, calcado na certeza de que “o ideal do ser humano livre, isento de temor e miséria”, apto, portanto, a usufruir de sua autonomia privada, só pode ser efetivado numa conjuntura política que permita a “cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

Vê-se, por conseguinte, que os convencionais que elaboraram a Convenção estavam cientes de que a liberdade como atributo da pessoa humana só pode ser alcançada mediante a conjugação de esforços sociais amplos que, indo além de projetos meramente individualistas baseados em filosofias de cunho

³⁸ NANNI. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal, p. 264.

liberal, procurem o equilíbrio entre os objetivos particulares dos indivíduos e as determinantes de longa duração impostas pelos interesses da sociedade em consolidar um viver mais justo acessível a todos.

3.2 O Direito de afirmar a própria diferença dentro do quadro maior da pluralidade social

“Art. 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

Neste artigo de grande abrangência cultural e histórica, pode-se notar a preocupação dos convencionais em preservar a igualdade via afirmação do direito à diferença dentro da pluralidade que marca as sociedades contemporâneas.

Assim, a autonomia privada dos indivíduos está reafirmada na proibição de que os Estados signatários da Convenção possam criar discriminações com base em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião, origem nacional, social, posição econômica, nascimento, ou qualquer outra condição social.

A par da proibição de discriminação por raça, cor, sexo, religião, opinião, previsão comum a quase todas as cartas constitucionais dos Estados contemporâneos, e cuja importância é por demais evidente, o que chama a atenção no artigo 1º da Convenção são as proibições de discriminação com base no idioma, na origem nacional, na posição econômica e no nascimento.

Ao que parece, prevendo, num primeiro momento, um incremento da circulação dos indivíduos no âmbito dos territórios dos países signatários e, por que não dizer, parecendo prever, até mesmo, uma futura Comunidade de Nações Americanas, o texto da Convenção procurou antecipar-se, proibindo discriminações com base no idioma, na origem nacional e no nascimento.

Por conseguinte, fica aberta a ampla possibilidade de os indivíduos pertencentes aos países signatários darem vazão às suas autonomias privadas, seja realizando negócios sem o temor de sofrer discriminações com base em seus idiomas de origem, seja exercendo suas forças de trabalho ou suas criatividades artísticas sem o receio de que suas origens nacionais possam vir a impedir o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

3.1 Direito à integridade pessoal

“Art. 5º - Direito à integridade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

No amplo espectro dos direitos influenciados pelo princípio da autonomia privada, o direito à integridade pessoal manifestado no necessário respeito à integridade física, psíquica e moral da pessoa exsurge como uma situação jurídica extrapatrimonial, na qual o indivíduo pode exercer, guardadas as prescrições legais, seu poder de autodeterminação, ora impedindo que outrem atinja seus recantos privados mais preciosos, ora facultando, por via do consentimento, que terceiros possam, de alguma maneira, compartilhar com ele a fruição destes direitos.³⁹

Desse modo, a regra é que a integridade física, psíquica e moral da pessoa seja intangível. Contudo, guardadas as devidas proporções, mesmo estes espaços recônditos do ser dos indivíduos podem ser objeto de negócios jurídicos *sui generis* praticados no âmbito do exercício da autonomia privada de cada indivíduo.

É o caso, por exemplo, da autonomia privada sobre o próprio corpo, em particular quanto à possibilidade de transplante de órgãos e tecidos entre pessoas vivas. Muito se discute sobre a prevalência ou não da teoria da autonomia irrestrita da vontade nas relações jurídicas que envolvem a capacidade do indivíduo de dispor ampla e livremente sobre o próprio corpo.

Para a teoria irrestrita da autonomia da vontade não haveria limites para a capacidade de disposição sobre o próprio corpo, de modo que órgãos e tecidos poderiam ser, de maneira plenamente aceitável, objetos de negócios jurídicos de cunho patrimonial e financeiro.

Ao nosso ver, tal teoria não se coaduna com o espírito da Convenção, pois, a par de prever como direito inalienável do indivíduo sua dignidade pessoal⁴⁰, a expressa proteção à integridade psíquica e moral da pessoa prevista no mesmo artigo em que se protege a integridade física está a ensejar uma interpretação sistemática e teleológica do comando normativo, de maneira a se extrair a conclusão de que – em sintonia com o sentimento geral da Convenção em proteger

³⁹ NANNI. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal, p. 264.

⁴⁰ Art. 11 da Convenção.

os direitos humanos contra invectivas dos mais variados matizes, em particular garantindo-se a integridade moral dos indivíduos – o próprio corpo deve ser tido como fora do comércio.

Em decorrência, a possibilidade de incidência da teoria irrestrita da autonomia da vontade sobre os negócios jurídicos cujo objeto seja o próprio corpo do indivíduo é de ser tida com fortes reservas. Sem embargo, porém, transplantes de órgãos e tecidos têm-se tornado um imperativo cada vez maior em nossas sociedades, de modo que o instituto do consentimento, aplicado com proporção e bom senso, é plenamente compatível com as determinações legais previstas na Convenção.

Assim, pode-se aventar a hipótese de doação filantrópica *inter vivos* entre parentes e não parentes, desde que reste comprovado que o doador não corre sério risco de vida devido à intervenção cirúrgica necessária para a realização do transplante.

3.4 Proteção da dignidade pessoal

“Art. 11

1. Toda pessoa tem direito ao (...) reconhecimento de sua dignidade.”

O princípio do respeito à dignidade pessoal é – não só dentro do vasto sistema de proteção internacional dos direitos humanos, mas também nos sistemas internos de proteção dos direitos fundamentais positivados em constituições como a brasileira – a última *ratio* informadora não apenas do conteúdo das prescrições jurídicas garantidoras dos direitos da pessoa humana, mas também dos contornos das ações dos operadores do Direito.⁴¹

Assim, onde inexistir previsão de norma específica a proteger alguma prerrogativa básica e inalienável dos direitos da pessoa humana, o princípio do respeito à dignidade servirá como um plexo de sentidos capaz de colmatar possíveis lacunas, proporcionando meios para a efetiva proteção do direito ameaçado.

No que tange ao direito à autonomia privada, “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa”, isto é, “a dignidade é indissociável da

⁴¹ “Porque a pessoa, ante ao Direito, chegou a proporcionar uma expressão unívoca a uma dignidade que não é susceptível de ser medida nem de variabilidade; toda pessoa, por sê-lo, possui o mesmo coeficiente de dignidade”. (FLÓREZ-VALDÉS. *Los Principios generales del derecho y su formulación constitucional*. p. 146-147.) Tradução nossa.

autonomia e da liberdade”,⁴² pois os indivíduos só podem desenvolver suas forças vitais a contento quando lhes é propiciado capacidade de autodeterminação nas escolhas de seu modo de agir e vivenciar.

Assim, quando a Convenção Americana consagra o direito à proteção da dignidade da pessoa, ela também, de modo implícito, está agasalhando e tutelando o princípio da autonomia privada, *conditio sine qua non* para o pleno florescer das capacidades humanas e, por via de consequência, para a efetiva apreensão do significado maior do conceito de dignidade da pessoa humana.

3.5 Proteção à vida privada

“Art. 11

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.”

Vida privada e autonomia privada são conceitos intimamente interligados, mas que, contudo, não se confundem. Vida privada é um conceito mais restrito do que autonomia privada. Assim, enquanto que no âmbito da vida privada o atuar do indivíduo gira em torno do que é secreto, mais próximo das escolhas introspectivas de cada um,⁴³ o conceito de autonomia privada é mais amplo. Açambarcando o de vida privada, ele procura influenciar, também, no regime legal da consecução de negócios jurídicos de cunho patrimonial e mesmo extrapatrimonial, como aqueles atinentes à cessão do uso da própria imagem, ou o consentimento para que órgãos ou tecidos do próprio corpo sejam objeto de transplantes terapêuticos e filantrópicos.

Em decorrência, a Convenção, ao positivar a proteção da vida privada dos indivíduos contra ingerências arbitrárias ou abusivas, também o faz, por extensão lógica, ao princípio da autonomia privada, que possui, como dito, no direito à vida privada, uma de suas mais contundentes manifestações.

3.6 Liberdade de pensamento e de expressão

“Art. 13

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito,

⁴³ MIRANDA. *A proteção constitucional da vida privada*, p. 82.

⁴² POPP. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro, p. 170-171.

ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.”

Interpretando as prescrições jurídicas do art. 13 da Convenção, que trata da liberdade de pensamento e de expressão, Fábio Konder Comparato adverte que a grande novidade da Convenção, neste particular, foi preocupar-se em ir além da proteção da liberdade de pensamento e expressão pessoais, chegando a cuidar da “liberdade de atividade empresarial em matéria de imprensa, rádio e televisão”.⁴⁴

Desse modo, seguindo a lição acima, pode-se afirmar que o texto da Convenção torna-se útil para reforçar a proteção da autonomia privada na efetivação de negócios jurídicos no campo da liberdade de imprensa, em particular impondo restrições explícitas à ação do Estado, que deve omitir-se em criar obstáculos indiretos à livre circulação de idéias e informações que não estejam devidamente fundamentadas no respeito ao interesse público legítimo.

Também, neste artigo, outra questão deve ser destacada. Trata-se da liberdade de circulação de informações via meios virtuais como a Internet. Como fenômeno recente, a comunicação via Internet ainda tem sido pouco ou quase nada protegida por previsões legais. Sem embargo, porém, a prescrição genérica contida no fim do inciso 1 do art. 13, de que “toda pessoa tem direito a (...) procurar, receber e difundir idéias e informações de qualquer natureza (...) por qualquer meio de sua escolha”, pode ser utilizada como prescrição normativa a proteger a liberdade de expressão e de comunicação via Internet.

⁴⁴ COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 334.

3.7 Direito à propriedade privada

“Art. 21. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.”

Da análise do artigo 21 da Convenção, que trata do direito à propriedade privada, pode-se perceber que a natureza jurídica do direito à propriedade estava, à época da promulgação da Convenção, numa fase de transição entre a concepção liberal de propriedade, na qual o uso e gozo dos bens por parte do proprietário era um direito quase que absoluto, e a concepção social do direito de propriedade, fruto dos movimentos políticos contestadores iniciados no fim do séc. XIX, cujo ápice será após a Segunda Guerra Mundial, que determinará limitações explícitas ao direito de propriedade, subordinando o seu uso e gozo ao respeito ao interesse maior da sociedade.

Tal assertiva fica evidente diante da locução: “A lei *pode* subordinar esse uso e gozo ao interesse social”. Vê-se que o emprego do verbo *poder*, no sentido de faculdade ou possibilidade, espelha que não estava claro para os convencionais em 1967 a necessária subordinação do direito de propriedade à sua função social.

Neste particular, por conseguinte, o texto da Convenção é menos avançado do que o da Constituição Brasileira de 1988, já que este contempla, de modo expresso, não apenas no art. 5º, XXIII, que a propriedade atenderá sua função social, mas vai além, no art. 170, III, prescrevendo que um dos princípios a serem observados pela ordem econômica brasileira será o de que a propriedade deve cumprir sua função social.

Conclusão

Do exposto, pode-se concluir ser a Convenção Americana de Direitos Humanos não só um instrumento normativo útil para a proteção, como um todo, dos direitos inalienáveis do Homem, mas também que, em particular, ela propicia ao operador do Direito meios pelos quais ele pode apreender, senão com originalidade, mas com acentuado vigor, o regime jurídico da tutela do direito à autonomia privada, prerrogativa imprescindível para o bem-desenvolver das potencialidades do indivíduo na busca da consecução de uma realidade social na qual a dignidade humana seja o paradigma primeiro a ser concretizado.

Referências Bibliográficas

BAILLY. *Dictionnaire Grec-Français*. Paris: Hachette, 1950.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: FCG, 1989.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu. São Paulo: Acadêmica, 1993. Temas de direito constitucional.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino português*. Rio de Janeiro: FAE, 1988.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arcey. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

HORVATH, Miguel, J. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*: caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2.ed. [Lisboa: Calust Gulbenkian], 1983. Edição portuguesa baseada na 5.ed. alemã.

LOTUFO, Renan (Coord). *Direito civil constitucional*: caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. *A Proteção Constitucional da Vida Privada*. São Paulo: Led, 1996.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*: caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional*: cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

**INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO
PROCESSO
(LEI Nº 9.099/95) NAS HIPÓTESES DE DESCLASSIFICAÇÃO
DO CRIME PELO TRIBUNAL DO JÚRI**

ELIAS PAULO CORDEIRO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

É conhecida a polêmica que se instaura na doutrina e jurisprudência, a partir da vigência de lei nova, especialmente quando proporciona profundas mudanças na estrutura jurídica, como ocorreu com a Lei Nº 9.099/95.

Ultrapassada a turbulência inicial, após mais de cinco anos de interpretações diversas acerca dos mais variados temas abordados pelo aludido Diploma Legal, é mister que os operadores do Direito reflitam, com a acuidade necessária, acerca das questões relevantes, que ainda ensejam divergências marcantes entre os hermeneutas, o que, em última análise, proporciona insegurança aos destinatários das normas.

Dispõe o art. 89 da Lei em comento que “Nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

Um dos principais objetivos de tal dispositivo, sem sombra de dúvida, foi o de desafogar o grande acúmulo de feitos em tramitação no Poder Judiciário, dando oportunidade aos acusados de se verem livres de uma ação penal e até mesmo de uma condenação criminal, desde que atendidos determinados requisitos.

Não obstante, muitos juízes e tribunais interpretaram tal dispositivo da seguinte forma: “nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Juiz ou o Tribunal, com ou sem proposta do Ministério Público, em qualquer fase em que o feito se encontra, deverá propor a suspensão condicional do processo, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

O argumento dos exegetas foi o de que, sendo direito público subjetivo

do acusado a obtenção do benefício, tratando-se de norma mais benéfica ao mesmo, a aplicação da suspensão condicional do processo é obrigatória, independentemente das demais condições estabelecidas pelo legislador.

O raciocínio, a nosso ver, é simplista e falho.

Cumprе salientar, inicialmente, que tal interpretação fere o princípio da inércia do juiz que, verdadeiramente, passa a assumir a condição de parte e, ainda, desrespeita preceito constitucional, que confere ao Ministério Público a atribuição de promover, privativamente, a ação penal pública.

A uma análise, ainda que superficial, acerca do em que consiste o direito público subjetivo, é forçoso convir que é dever jurídico do Estado, a atuação persecutória, que decorre do dever de punir, à toda evidência que não há falar-se em violação de um direito subjetivo do réu, se este vier a ser processado e, eventualmente, condenado.

Em se tratando de processos relativos a crimes dolosos contra a vida, da competência do Tribunal do Júri, nas hipóteses de desclassificação do delito para outro da competência do juiz singular, existem algumas peculiaridades que, a nosso ver, impedem, de forma definitiva, a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

Em primeiro lugar, cumprе salientar que, estando inserto em capítulo especial do Código de Processo Penal, o art. 492, § 2º, do Código de Processo Penal, não foi revogado, parcial e tacitamente, pelas disposições contidas no art. 89, da Lei 9.099/95, de caráter genérico.

Por outro lado, atendendo à natureza teleológica da norma que preconiza a suspensão condicional do processo, é de ver-se que, estando em pleno vigor a regra que estabelece a suspensão condicional da pena, não faz sentido suspender o feito na fase de prolação da sentença, mesmo porque parece-nos estranho falar-se em suspensão de atos processuais já realizados.

A intenção do legislador foi clara. Nas hipóteses específicas do art. 89 da Lei, atendidas as condições objetivas e subjetivas, no momento do oferecimento da denúncia, com o escopo de evitar a tramitação desnecessária de processos relativos a crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, por meio de proposta do Ministério Público, aceita pelo réu, há de aplicar-se a suspensão condicional do processo.

De outro modo, tendo encerrado a instrução criminal, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, o momento processual é próprio para a aplicação da suspensão condicional da pena, se for o caso, instituto em pleno vigor. Não faz sentido produzir-se toda a prova, cumprirem-se todos os atos processuais da

instrução criminal, para, afinal, suspender o feito no momento da prolação da sentença.

Imagine-se uma situação absurda: o juiz, na fase de prolação da sentença, determina a suspensão do processo, mediante condições. A suspensão é revogada porque o réu, por exemplo, deixou de cumprir uma das condições impostas. O juiz daria prosseguimento ao feito, prolatando a sentença e, verificando preencher o condenado os requisitos legais, aplicaria a suspensão condicional da pena?

Tratando-se de crimes desclassificados pelo Tribunal do Júri, a questão é mais problemática. Como dito linhas acima, estão em pleno vigor as disposições contidas no art. 492, § 2º do Código de Processo Penal, que impõe ao Juiz Presidente proferir em seguida a sentença, que implica, necessariamente, a imposição de pena, nas hipóteses de condenação. Não há como cindir-se o julgamento, sob pena de negativa de vigência de lei federal.

Poder-se-ia argumentar, como sói acontecer, que não existiria óbice para a aplicação da suspensão condicional do processo, uma vez ocorrido o trânsito em julgado da decisão desclassificatória pelo Tribunal do Júri.

Discordamos de tal posicionamento.

Operada a desclassificação de um delito pelo Conselho de Sentença, para outro da competência do juiz singular, deixando este de prolatar a sentença, sob o argumento de que irá aguardar o trânsito em julgado da decisão, certamente incorrerá em dois graves equívocos: o primeiro deles consiste na desobediência ao comando expresso das disposições contidas no art. 492, do Código de Processo Penal, que impõe ao Juiz Presidente proferir em seguida a sentença; o segundo, pelo fato de que, não sendo prolatada sentença definitiva (condenatória ou absolutória), não há que se falar em trânsito em julgado.

Lado outro, se o Juiz Presidente proferir sentença condenatória, tornando-se esta definitiva, futura aplicação da suspensão condicional do processo flagrantemente desrespeitará a coisa julgada.

Como se vê, pois, por todos os ângulos em que se possa analisar a questão, conclui-se que a aplicação da suspensão condicional do processo, nas hipóteses de desclassificação do delito pelo Tribunal do Júri, é absolutamente ilegal e insustentável.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO - CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES

CARLOS ALBERTO ALVES PENA

Procurador de Justiça aposentado

SUMÁRIO: Do Mandado de Injunção - O controle jurisdicional da omissão constitucional

O instituto da *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão* soergueu-se numa das novidades implantadas pelo legislador constituinte de 1988, visando a que algumas normas constitucionais incompletas e insatisfeitas pudessem adquirir completude e eficácia, diante da inércia ou da desídia do Poder competente para dar efetividade plena àquelas normas.

Expliquemos melhor.

Ora, transmuda-se de sabença notória que uma norma constitucional, alojada no princípio ínsito da inicialidade, é, no geral, de aplicação imediata, abrogando, de plano, todas as normações constitucionais que as antecederam e, mediamente, pelos controles jurisdicionais difuso e concentrado, os regramentos infraconstitucionais que com aquelas colidirem ou conflitarem, por se modelarem como auto-aplicáveis ou auto-executáveis.

Porém, a aplicabilidade de determinadas normas constitucionais não se perfaz de forma imediata, instantânea e plena, traduzindo-se, na terminologia de JOSÉ AFONSO DA SILVA, nas cognominadas normas de eficácia limitada ou reduzida, que requerem posteriores regulamentações para se lobrigarem como eficazes e exeqüíveis, sob pena, de se assim não o for, tornarem-se inúteis e anódinas, transformando-se num verdadeiro "catálogo de intenções".

Surgiu, destarte, em nosso direito, a chamada *inconstitucionalidade por omissão*, através da qual o legislador constitucional incumbiu ao legislador ordinário ou complementar a edição de leis reguladoras de semelhantes normas e, por igual, aos órgãos administrativos a criação de atos administrativos, tais como: regulamentos, decretos, instruções etc, colimando-se, paralelamente, a regulamentação das normas constitucionais desprovidas de auto-executoriedade, desde que esses procedimentos sejam de natureza normativa, conforme o disposto no § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, ao dispor que: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das

providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Então, constitui o objeto da *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão* a emissão de uma lei ou de um provimento administrativo de índole normativa, ambos direcionados a proceder à regulamentação de uma norma constitucional eivada de incompletude, de insatisfação e, por conseguinte, de não auto-executoriedade.

Do Mandado de Injunção

O constituinte de 1988, totalmente obstinado com a finalidade de remediar a omissão regulamentadora da norma constitucional dotada de efeito limitado, perseguindo, tenazmente, a imediatividade de aplicação de seus preceitos, houve por bem criar uma nova ação constitucional denominada *mandado de injunção*, arrolando no artigo 5º, inciso LXXI, da vigorante Carta Magna Federal, *in verbis*, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Embora inexista legislação específica destinada a reger o procedimento do mandado de injunção, no entanto, alguns autores do gabarito e do jaez de um HELY LOPES MEIRELLES, respaldados por contumazes julgamentos egressos do STF, vide RTJ 133/11, são unânimes e indiscrepantes em asseverar que seu procedimento ajusta-se, analogicamente, ao rito procedimental enquistado para o Mandado de Segurança.

À prima de olhos, numa visão algo acrítica e pouco metodológica, tanto a ADINPOR OMISSÃO quanto o mandado de injunção se ornariam em institutos finalisticamente paralelos, regidos pelo mesmo objetivo, qual seja, a supressão de uma omissão normativa. Ledo engano, uma vez que se trata de institutos afins, mas distintos, não se postando um como sucedâneo do outro.

Suas diferenciações técnico-jurídicas são marcantes, senão vejamos:

“Na inconstitucionalidade por omissão, a ação é intentada, genérica e abstratamente, com vistas a dar ciência ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias, a fim de tornar efetiva norma constitucional, marcando-se o prazo de 30 dias, se se tratar

de órgão administrativo. Esta ação não é utilizável no controle incidental, só podendo ser proposta, em tese, perante o Supremo Tribunal Federal..... é igualmente um processo objetivo, que não conhece partes. a eficácia da decisão, do mesmo modo, é erga omnes..... no mandado de injunção, autêntico remédio ou garantia constitucional, o impetrante busca, objetiva e concretamente, a possibilidade de exercer direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviabilizados pela falta de norma regulamentadora do texto fundamental, devendo, a nosso ver, a sentença suprir, ela própria, a ausência da norma regulamentadora, definindo, in casu, a situação. A decisão, assim, não é puramente mandamental mas é e tem que ser satisfativa.” (in *Controle jurisdicional de constitucionalidade* - Zeno Veloso - 2a Edição - Del Rey- p. 254 e 263)

O Ministro Carlos Mário da Silva Veloso, do STF, na qualidade de magistrado, perfilha similar entendimento, quando disserta:

“A diferença entre o mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (cf, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.”

(in *Temas de direito público* - autor citado - p. 193)

Na mesma balsa de raciocínio navega em águas tranquilas o Min. Marco Aurélio, que, ao julgar o Mandado de Injunção de numeração 124/SP, enfatizou:

"a Suprema Corte não é convocada, com a impetração do mandado de injunção, apenas para certificar que o Congresso Nacional continua omissa. não. Ela é convocada para lançar no mundo jurídico um provimento que viabilize o exercício do direito previsto constitucionalmente. Buscou-se, com a garantia constitucional do mandado de injunção, conferir instrumentalidade suficiente à eficácia dos direitos previstos na própria carta." (RTJ 148/657)

Ou ainda:

"O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão..... É equivocada, portanto, data venia, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão..... enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. o impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação. por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento." (In *Curso de direito constitucional positivo* - José Afonso da Silva - 13ª Edição - p. 428/429)

7 Ou, mais precisamente, através da *adin por omissão* o impetrante intenta, em caráter genérico e abstrato, a emissão pelo Poder competente da norma infraconstitucional ou do provimento administrativo regulamentadores da norma constitucional de efeito limitado, muito embora, em facetação oblíqua ou reflexa, este *modus procedendi* possa vir, futuramente, a beneficiá-lo e a toda uma comunidade, que padece da mesma carência jurídico-constitucional, ao passo que o Mandado de Injunção, como já exposto, possui uma natureza processual petitória, de índole jurisdicional de cognição, onde o Juiz compõe a lide com o fito de solver o conflito, observados os princípios cardiais do devido processo legal, que regem o processo acusatório, e ao final, na sentença, reconhecendo ele a necessidade da postulada regulamentação, não somente edita a norma regulamentadora, como também faz atuar sua vontade naquele caso inconcreto, motivação por que não há que se falar em indevida intromissão do Judiciário na seara do Legislativo, até em função de que o Juiz, em hipóteses análogas, não legisla, uma vez que não estabelece normas genéricas e abstratas e sua decisão é carenciada do efeito *erga omnes*. Mas, em compensação, ao dar pela procedência da ação, deverá ele agir com o máximo de prudência, cautela e razoabilidade

Em suma, na *ADIN por omissão*, alvitra-se a regulamentação de uma norma constitucional não auto-executável, enquanto que no *mandado de injunção* o impetrante, em face de uma pretensão constitucional sua resistida ou insatisfeita à minguada da imprescindível regulamentação, busca, pelo exercício da jurisdição, de forma concreta, a almejada sentença que a regulamente, o que lhe propicia, em tese, o alcance do êxito de seu projetado direito material.

O controle jurisdicional da omissão constitucional

Faz-se por meio da *ação declatória de inconstitucionalidade por omissão*, que detém a mesma natureza e o mesmo rito procedimental da *ADIN POR AÇÃO*.

Desse modo, diante de uma norma constitucional não auto-aplicável, refém de uma regulamentação legislativa infraconstitucional ou de um ajustado provimento administrativo, provoca-se o Judiciário, que monopolizou a jurisdição, cuja inércia é quebrada por iniciativa do Procurador-Geral da República, pelo Presidente da República, pelas mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos Estados, pelo Governador do Estado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil, pelos Partidos Políticos com representação no Congresso e pelas Confederações de classes, cabendo seu julgamento pelo controle concentrado ao STF, de molde originário, como guardião-mor da Constituição, nada obstante o artigo 102, I, "a", da Constituição Federal, não o mencione expressamente.

Deverá, obrigatoriamente, ser ouvido o Procurador-Geral da República (CF, art. 103, § 1º).

No tocante ao Advogado-Geral da União, como sua competência de caráter especial esvai-se na intransigente defesa do ato impugnado nas ADINs *por ação*, e, em se modulando uma ADIN POR OMISSÃO, cujo objeto fulcra-se exatamente na falta da lei ou do ato administrativo normativo, a toda evidência, sua atuação é desnecessária e indébita, haja vista que não há o que se defender.

Até então, focalizamos e analisamos os aspectos meramente formais do controle jurisdicional da omissão constitucional, mas resta-nos agora evocar seus contornos substanciais, mormente as medidas não tomadas pelos órgãos administrativos e pelo Legislativo, que dão azo e ensejo ao exercício da ADIN *por omissão*.

Respeitante à inércia da administração, visando-se a que se dê total efetividade a uma norma constitucional não auto-aplicável, ela tanto pode decorrer da não-edição de um ato normativo, assim como: regulamentos, portarias etc, como ainda de sua abstinência na consecução de um ato administrativo concreto.

"Mas não é qualquer falta de providência de órgãos públicos que pode legitimar a intervenção do Judiciário, em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão, mas somente a ausência de medidas de cunho normativo, ou seja, de atos administrativos normativos, que são os que contêm regras gerais e abstratas, não sendo leis, em sentido formal, mas apresentando-se como leis, no aspecto material. a ação governamental, no sentido de realizações, tarefas, obras, programas administrativos, está fora do âmbito da inconstitucionalidade por omissão. O STF fixou a extensão do art. 103, § 2º, da CF, esclarecendo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não pode ser proposta para que seja praticado um ato em caso concreto, mas sim para que se supra a omissão de medida de caráter normativo, necessária para o cumprimento do preceito constitucional - RT 645/184."
(ZENO VELOSO - OBRA CITADA - P. 251)

Quanto ao controle da omissão inconstitucional na esfera legislativa, a questão adquire certos foros de complexidade e de controvérsias, além de algumas facetas cambiantes peculiares.

Pois, segundo certos processualistas de renomada, não se pode podar do Legislativo, que é uma expressão ímpar da vontade popular, a escolha do momento mais propício e oportuno para proceder ele à integração das normas

programáticas, embasando-se em critérios de conveniência e de oportunidade.

No entanto, a nosso sentir, sua inação qualificada na elaboração da lei regulamentadora, justificadora da interposição da ADIN POR OMISSÃO, não pode eternizar-se no tempo e no espaço, sob a apenação danosa de fomentar, com relativa assiduidade, graves conflitos de interesses interindividuais ou com entidades públicas da administração direta ou indireta, emperrando a já sobrecarregada justiça, haja vista, como fartamente noticiado pela imprensa, o problema da incidência de juros escorchantes pelos administradores de créditos, tudo em função da não-regulamentação do cânone constitucional, que os limita a 12% ao ano.

"Se o prazo para a emissão da lei não estiver prefixado na Carta Magna, não sendo curial supor-se que a apatia possa se eternizar, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, avaliar se o tempo razoável já não terá decorrido, para que a providência tivesse sido tomada." (ZENO VELOSO - obra mencionada - p. 252)

Em obediência à soberania dos poderes, engendrada pelo gênio de Montesquieu, a ingerência do Judiciário na esfera legislativa, em casos que tais, deve ser limitada, porém, ela é juridicamente admissível e permissível, nos anais constitucionais, colimando-se a injustificável e perniciosa omissão do legislador.

Por derradeiro, cumpre-nos salientar que a sentença prolatada na ADIN por omissão é de formato declaratório, mas contendo um ulterior conteúdo mandamental, no sentido de exigir do Poder competente a tomada das indispensáveis providências supridoras da omissão.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Paumape, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. São Paulo: Forense, 1998.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Histórico – 2 Requisitos para a interceptação telefônica – 3 Objeto da diligência – 4 Sujeito passivo da interceptação telefônica – 5 Sujeito ativo da interceptação telefônica – 6 Extensão da interceptação telefônica – 7 Proibições da própria Lei nº 9.296/96 – 8 Recurso – 9 *Aberratio ictus* na interceptação telefônica – 10 Acompanhamento das diligências – 11 Tipo Penal – 12 Interceptação telefônica Vs. Gravação clandestina – 13 Legislação aplicável – 14 Jurisprudências

1 Histórico

A Constituição Federal de 1969(para uns, emenda de 69), no seu artigo 153, § 9º, determinava a inviolabilidade das comunicações telefônicas, sem qualquer exceção. Todavia, existia uma exceção prevista em lei ordinária: artigo 57, X, “e” do conhecido “Código Brasileiro de Telecomunicações”, que admitia a interceptação telefônica para fins *processuais penais*. Para investigação criminal, não era possível a interceptação telefônica.

Portanto, havia um conflito entre a CF/69 e a citada lei ordinária, sendo que entendia-se que não era recepcionada por aquela o dispositivo concessivo do CBT.

Um caso que ficou muito famoso em São Paulo, Capital, fora o de um juiz federal que concedeu a interceptação telefônica com base na citada lei ordinária, sob o argumento de que “as garantias constitucionais não eram absolutas”, ou seja, ainda que a CF/69 não trouxera exceção, a legislação ordinária poderia amparar tal ato, o que, *data venia*, era uma afronta ao texto magno da época.

Surgiu, então, a Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, XII, distinguiu a interceptação telefônica das demais interceptações, admitindo-as em processo penal e nas investigações criminais, *nos limites da lei*, ou seja, tratava-se de uma norma de eficácia limitada e aplicabilidade imediata.

Nessa época, enquanto não havia lei específica, criaram-se duas posições:

Corrente 1: (Ada Pellegrine Grinover) – que acabou prevalecendo no STF e no STJ – enquanto não havia lei específica, regulamentando a

interceptação telefônica, esta não poderia ser concedida;

Corrente 2: (Damásio) – a CF/88 havia recepcionado o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, se o juiz autorizasse a interceptação telefônica (neste caso, a interceptação telefônica somente poderia ser feita para o processo penal, jamais para investigação criminal).

Posteriormente, veio a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que admitiu e regulamentou o artigo 5º, XII, da CF/88 (interceptação telefônica), desde que fosse autorizada pelo juiz *competente* (juiz do processo-crime principal) em 2 hipóteses:

- a) para o *processo penal*;
- b) para as investigações criminais.

Juridicamente, *interceptar telefone é ouvir a conversa de duas(ou mais) pessoas, por um terceiro; gravá-la*. Quando um dos interlocutores grava a própria conversa, não se fala em interceptação e sim gravação clandestina, que não é objeto deste tema.

2 Requisitos para a interceptação telefônica

Os requisitos traçados em lei para a interceptação telefônica são:

- 1) ordem judicial emanada por *Juiz Competente* (juiz da ação penal principal) +; *A interceptação telefônica não pode ser ordenada pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia de ofício, mas pelo juiz e o juiz competente para o Processo Penal a que se visa a diligência.*
- 2) escuta telefônica realizada por serviços técnicos especializados das concessionárias de serviço público (artigo 7º da lei) +;
- 3) motivação

3 Objeto da diligência

Nesse particular, o magistrado deve se ater ao *objeto da diligência*, que somente pode ser para o *processo penal* (*instrução judicial*) ou para as *investigações criminais*.

Assim, o objeto dessa diligência não poderá ser empregado para outros fins como, por exemplo, para Ação Civil Pública, Inquérito Administrativo, Processo Cível etc.

Polêmica: para que o juiz conceda a interceptação telefônica é preciso Inquérito Policial ou processo criminal em andamento?

Corrente 1: (prof. Antônio Scarance Fernandes) – diz que sim, do

contrário deverá ser indeferida;

Corrente 2: diz que não, pois a interceptação telefônica poderá ser o primeiro ato de investigação, permitindo a instauração do Inquérito Policial. Isso porque a CF/88 diz “para o fim de investigação criminal” e não “com a investigação criminal já iniciada”.

Ademais, se a interceptação somente é possível se não houver outros meios disponíveis, usá-la para inaugurar o Inquérito Policial para ter sustentação, parece-me a segunda corrente a mais acertada.

4 Sujeito passivo da interceptação telefônica

A lei não especifica, mas o sujeito passivo pode ser o *indiciado (fase policial)*, o *réu (fase judicial)*, inclusive a *vítima, testemunha, informante, delator ou qualquer outra pessoa física ou jurídica, autoridade pública ou particular*, evidentemente, sempre visando ao objeto da diligência (item III).

Uma polêmica surge nesse contexto:

O juiz pode interceptar telefone do réu com seu advogado, ou seja, o advogado pode ser sujeito passivo da interceptação telefônica ?

A melhor corrente nega essa possibilidade, em face do *princípio constitucional da ampla defesa*, tendo como corolário o próprio Estatuto da OAB, que em seu artigo 7º, II, impõe:

“São direitos do advogado ...

II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de sua comunicação, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinado pelo juiz e acompanhado de representante da OAB.”

O Código Penal, no artigo 154, tipifica o crime de violação de segredo profissional. Ora, se o advogado não pode depor a respeito do que sabe por causa desse crime e o juiz e o Delegado podem responder por tentativa de violação de sigilo profissional, caso não observem esta norma, não seria crível que a Lei nº 9.296/96 autorizasse o juiz a permitir que o Delegado ouvisse a conversa do defensor com o réu, pois o artigo 154 do CP traz a expressão “sem justa causa”, ou seja, sem estar prevista em lei. Se outra lei autorizasse tal ato, aí haveria a justa causa e não haveria o crime do artigo 154 do CP.

Tanto é verdade que o artigo 7º, XIX, do Estatuto da OAB determina que o advogado pode se recusar a depor, mesmo quando autorizado pelo constituinte, quando o fato for sobre sigilo profissional. O mesmo ocorre com o médico (Código de Ética), com o padre etc.

Evidentemente, essa proibição de interceptação telefônica não será observada quando o advogado, médico ou padre forem co-réus, ou seja, a pretexto de servirem função ou ministério, são co-autores ou partícipes de crimes.

Ex: o advogado entra numa penitenciária e, após conversar com seu cliente, vai para o mundo externo e, via telefone celular, começa a fazer contatos para distribuição de entorpecentes.

Neste caso, o juiz, com uma autoria certa, poderá interceptar o telefone deste advogado, pois não está agindo no limite de sua função e sim, criminosamente.

5 Sujeito ativo da interceptação telefônica

Quem pode requerer a interceptação telefônica?

A Autoridade Policial, o Ministério Público e entenda-se, nesse contexto, o querelante (quando o crime de ação penal privada for doloso + punido com reclusão + outros requisitos alhures vistos).

Portanto, cabe interceptação telefônica na ação penal privada (pedofilia – estupro ou atentado violento ao pudor e outros.

A Autoridade Policial terá como objeto a investigação criminal. Note que, tratando-se de Inquérito Policial Militar, cuja presidência fica a cargo de um oficial da Polícia Militar, esta diligência deverá por este ser requerida, desde que o crime seja doloso punido com reclusão, bem como atendidos os demais requisitos.

O Ministério Público e o querelante, nos casos alhures, terá como objeto do requerimento a investigação criminal ou a própria instrução processual penal.

6 Extensão da interceptação telefônica

A interceptação telefônica estende-se à interceptação de fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (a saber, reunião da telecomunicação com a informática, por exemplo, por recursos de *modem*, como conversas por *internet* e *WEBCAM*).

Curioso é que a CF/88, no seu artigo 5º, XII, somente trata de comunicação telefônica e não de informática e telemática. Assim, discute-se sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96,

surgindo duas correntes:

Corrente 1: (prof. Antônio Scarance Fernandes) – é inconstitucional citado dispositivo, pois a CF/88 somente trata de comunicações por meio de telefone, não sendo cabível em informática e telemática;

Corrente 2: (Ada Pelegrine Grinover) – não é inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da citada lei, pois, quando a CF/88 trata de comunicação telefônica, a mesma está se referindo à comunicação por meio de telefone. Ora, a comunicação que se faz por meio de *modem*, via *internet* ou fax é por meio de telefone (linha telefônica).

O problema que vai surgir para a Jurisprudência resolver será o de quando a comunicação de computadores for feita não por linhas telefônicas, mas por cabos ou satélite. Deverá a Jurisprudência fazer uma interpretação evolutiva ou progressiva ou fazer a interpretação literal? Parece-me que a interpretação deve ser evolutiva, pois, do contrário, a legislação jamais acompanharia a evolução tecnológica e a sociedade ficaria desprotegida por uma letra fria de expressão.

7 Proibições da própria Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296/96, no seu artigo 2º, traz uma série de proibições para a diligência:

1) quando não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

Em que pese o dispositivo tratar do gênero “infração penal”, a corrente dominante entende que somente se justifica a interceptação telefônica se se tratar da espécie “crime” e não, “contravenção”.

A corrente minoritária entende que contravenção também é possível, como no caso de um desmantelamento de uma grande rede de jogo do bicho.

A corrente mais acertada é a primeira, pois o artigo 2º, III proíbe a interceptação telefônica em “infrações penais punidas com detenção”. Logo, este dispositivo quer expressar que somente cabe a interceptação telefônica em crimes punidos com *reclusão*, excluindo as contravenções penais (já que a pena é de prisão simples) e os crimes culposos (já que a pena é de detenção).

2) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

Portanto, a interceptação telefônica deve ser indispensável, sem a qual não se

logrará êxito em outra prova.

3) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Assim, somente cabe a interceptação telefônica em crimes punidos com reclusão, excluindo as contravenções penais (já que a pena é de prisão simples e/ou multa), os crimes culposos (já que a pena é de detenção) e os crimes dolosos punidos com detenção ou multa.

Conclusão: cabe interceptação telefônica para os crimes dolosos punidos com reclusão.

Há doutrinadores, como o professor Damásio, que entende que a diligência deve observar o princípio da proporcionalidade¹, pois existem muitos crimes dolosos punidos com reclusão, de pouca ofensividade jurídica, como tentativa de furto simples, que não justificariam a interceptação telefônica.

Para o professor, existiria, ainda, uma situação injusta, em que alguns crimes punidos com detenção deveriam ser objeto dessa diligência, como a injúria por telefone em continuidade delitiva (o cidadão que se apaixona e liga para o outro a mesma dia e noite), ameaça etc, bem como algumas contravenções, como a do jogo do bicho.

8 Recurso

Qual o recurso cabe da decisão que aprecia o pedido de interceptação telefônica e o nega?

O entendimento que vem prevalecendo na doutrina é o recurso de apelação, com base no artigo 593, II, do Código de Processo Penal (decisão com força de definitiva terminativa – não absolve e nem condena, mas põe fim a uma etapa do procedimento).

9 Aberratio ictus na interceptação telefônica

O artigo 73 do Código Penal traz o instituto do “erro na execução ou desvio de golpe – aberratio ictus”.

Um delegado está autorizado a ouvir uma interceptação telefônica para

¹ A CF/88 traz o princípio da proporcionalidade de forma tácita, quando, no artigo 5º, diz que os crimes hediondos são inafiançáveis; quando cuida dos Juizados Especiais Criminais para infrações de pequeno potencial ofensivo etc.

descobrir uma quadrilha de traficantes ou crime de contrabando, mas descobre um crime de homicídio. Ora, por analogia, ocorreu uma *aberratio ictus*, ou seja, o delegado "atirou para um lado" (quadrilha + tráfico ou quadrilha + contrabando) e "acertou outro lado (descobriu um crime de homicídio).

Usando essa metáfora, é possível *aberratio ictus* na interceptação telefônica ?

É válida esta interceptação telefônica para fim diverso, o que alguns, na Doutrina, denominam de "*conhecimento fortuito de outro crime*" ou "*novação no objeto da investigação*" ?

A corrente doutrinária predominante defende o sentido negativo, pois a interceptação telefônica somente serviria para o fim que o juiz concedera e não para fim diverso, já que esta diligência era para casos excepcionais. *Todavia, poderia servir de elemento para que a Autoridade Policial representasse ao juiz nova diligência, narrando a nova situação.*

Se um delegado intercepta um telefone, com ordem judicial, para desmontar uma quadrilha de contrabandistas, mas ouve que haverá um grande descarregamento de cocaína e *crack* na cidade de Belo Horizonte/MG, o delegado pode usar essa interceptação como prova do Inquérito Policial ?

Até então não, como vimos, mas poderia certamente dirigir-se ao local e efetuar a prisão em flagrante. Nesse caso, a confissão de traficante obtida na interceptação telefônica seria imprestável, mas o auto de prisão em flagrante delito seria válido.

10 Acompanhamento das diligências

Consoante o artigo 6º da Lei nº 9.296/96, deferido o pedido de interceptação telefônica, a Autoridade Policial fará a diligência, dará ciência ao Ministério Público e ao querelante para, se quiser, acompanhar a prova.

Como se trata de prova *inaudita altera pars* o sujeito passivo não acompanha a diligência, por razões óbvias. A questão que surge é: isso não fere o princípio do contraditório, se feito na fase judicial ?

Não, pois o sujeito passivo será ouvido, após a realização da diligência.

11 Tipo Penal

O artigo 151, II, do Código Penal foi derogado pelo artigo 10 da Lei nº 9.296/96, no tocante ao crime de interceptação telefônica.

O artigo 10 da nova lei trata de crime novo, não repetindo o artigo 151, II, parte final do Código Penal, pois neste punia-se não a interceptação telefônica propriamente dita, mas a *difusão*, ou seja, o momento consumativo

do crime estava na difusão, subentendendo-se que, se a Polícia Judiciária escutasse, não era crime, mas apenas sua difusão. Todavia, agora com a *novatio legis in pejus*, no seu artigo 10, a simples *escuta* é crime, independentemente de divulgação a terceiro.

Assim, vejamos os principais aspectos da figura criminal:

1) *Objetividade Jurídica*;

A liberdade de comunicação telefônica, em face do princípio constitucional da privacidade, ou seja, toda pessoa tem o direito de escolher o seu interlocutor, sem que ninguém escute o teor da conversa.

2) *Consumação*;

A interceptação telefônica caracteriza-se pela escuta de conversa de duas(ou mais) pessoas, por um terceiro. Para a consumação da figura delituosa, não é preciso que haja a divulgação.

Trata-se de *crime de mera conduta*, ou seja, ocorre no momento em que o sujeito ativo está iniciando a escuta e/ou gravação da conversação. Se começa a escuta e/ou gravação é crime consumado; se não começa, o fato é atípico. Não existe, pois, tentativa.

Todavia, tratando-se de mensagem ou documento transmitido via *modem*, quando for possível tomar conhecimento do conteúdo, o crime será consumado; se não consegue, há quem entenda que o crime será tentado, embora entenda que o fato seja atípico.

3) *Ação Penal*;

Na redação do derogado artigo 151, II, parte final do Código Penal o crime era de Ação Penal Pública Condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal.

Atualmente, com a nova redação do artigo 10 da Lei nº 9.296/96, o crime passou a ser de Ação Penal Pública Incondicionada.

4) *Sujeito ativo*;

Crime comum na primeira parte do artigo 10 ("*interceptação de comunicação telefônica*"), ou seja, praticado por qualquer pessoa.

Crime próprio na segunda parte do artigo 10 ("*ou quebrar segredo de Justiça*"), ou seja, praticados somente por aqueles que têm obrigação de guardar segredo: juiz, promotor, delegado, serventuários da Justiça(detetives, escrivão, escreventes etc).

5) *Sujeito passivo*.

O sujeito passivo é duplo: são as pessoas que tiveram interceptadas as suas conversas.

12 Interceptação telefônica Vs. Gravação clandestina

Importante destacar que a Lei nº 9.296/96 não abrange a gravação clandestina ou ilícita. Senão, vejamos a diferença:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	GRAVAÇÃO CLANDESTINA
'A" e "B" conversam e um terceiro escuta(intercepta).	Uma das partes envolvidas grava a conversa de outrem. Ex: gravar para prova de crime de adultério de outro cônjuge. Esta prova é tida como ilícita(não serve para o Processo Cível ou Penal), salvo se for para provar inocência em Processo Penal.
É abrangida pela Lei nº 9.296/96	Não é abrangida pela Lei nº 9.296/96 e tampouco era pelo artigo 151, II, última parte do Código Penal.

13 Legislação aplicável:

1) Constituição Federal de 1988, artigo 5º:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

2) Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996:

Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências.

Publicação: Diário Oficial da União de 20 de julho de 1996

Retificação: Diário Oficial da União de 06 de agosto de 1996

3) Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal.

Publicação: Diário Oficial da União de 25 de julho de 1996

14 Jurisprudências

HABEAS-CORPUS – Crime qualificado de exploração de prestígio (CF, art. 357, párr. único) – Conjunto probatório fundado, exclusivamente, de interceptação telefônica, por ordem judicial, porém, para apurar outros fatos (tráfico de entorpecentes) – violação do art. 5º, XII, da Constituição –

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 00003);

HABEAS CORPUS – concussão – interceptação telefônica – autorização judicial – constrangimento ilegal – inocorrência – ordem denegada – Habeas Corpus. Denúncia com base em interceptação de comunicação telefônica. Representação considerada em desconformidade com a lei. Alegada existência de outros meios de prova da prática de crimes. Suposta ocorrência de constrangimento ilegal. Pretendido trancamento da ação penal. Requerimento do parquet. Descrição de delitos. Referência a alguns nomes de pessoas envolvidas. Autorização judicial

fundamentada. Obediência aos ditames da Lei nº 9.296/96. Diligência essencial para apuração imediata dos fatos. Constrangimento ilegal inocorrente. Ausência de nulidade. Denegação da ordem. Se a interceptação de comunicação telefônica foi realizada na forma da Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da CF, não há que se falar em nulidade ou em coação ilegal. Em se tratando de possível envolvimento de Oficiais de Justiça Avaliadores na prática de crimes funcionais, o meio utilizado era o único disponível para apuração dos fatos com a rapidez e eficiência exigidas. Writ que se denega. (PCA) (TJRJ – HC 2669/1999 – (30121999) – 5ª C.Crim. – Relª Desª Maria Helena Salcedo – J. 18.11.1999);

PROCESSO CIVIL – gravação telefônica por terceiro – permissão do receptor – clandestinidade – provocação de declarações – prova ilegítima – rol de testemunha – indeferimento – decisão proferida em audiência – debate oral – não impugnação da decisão – aceitação tácita – preclusão –

A gravação de conversa telefônica, por terceiro, com o consentimento de apenas um dos interlocutores viola o art. 5º, XII, da Constituição da República, em razão da participação clandestina do terceiro. A provocação ardilosa de declarações, via telefone, com o intuito de obter prova, revela-se procedimento ilegítimo, tornando a prova imprestável (art. 332, CPC). A decisão interlocutória proferida em audiência, desconsiderando rol de testemunhas, deve ser impugnada, mediante agravo retido, na fase do debate oral, sob pena de preclusão. Improvidos o agravo retido e a apelação. (TAMG – AC 0268259-7 – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Tibagy Salles – J. 10.02.1999) (RJTAMG 74/168);

PROCESSO CIVIL – prova – gravação telefônica – art. 5º, XII, da Constituição Federal – rol de testemunhas – indeferimento – decisão interlocutória – agravo retido – impugnação – preclusão –

A gravação de conversa telefônica por terceiro, com o consentimento de apenas um dos interlocutores, viola o art. 5º, XII, da CF, em razão da participação clandestina do terceiro. A provocação ardilosa de declarações, via telefone, com o intuito de obter prova, revela-se procedimento ilegítimo, tornando a prova imprestável, conforme a regra do art. 332 do Código de Processo Civil – A decisão interlocutória proferida em audiência, desconsiderando rol de testemunhas, deve ser impugnada, mediante agravo retido, na fase do debate oral, sob pena de preclusão. (TAMG – AC 268.259-7 – 4ª C. – Rel. Juiz Tibagy Salles – J. 10.02.1999);

CONSTITUCIONAL – processual penal – extorsão mediante seqüestro – prova – escuta telefônica – autorização judicial – Lei Nº 9.296/96 –

Não contamina de nulidade o processo penal instaurado com base em prova obtida por meio de interceptação de linha telefônica, realizada com autorização judicial deferida após a edição da Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna. Em sede de investigação do crime de extorsão mediante seqüestro, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria. Habeas corpus denegado. (STJ – HC 7869 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 09.11.1998 – p. 174);

PROVA ILÍCITA – escuta telefônica – preceito constitucional – regulamentação

Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional. (STF – HC 73.510 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 12.12.1997);

Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). (STF – HC 74.678-1 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 15.08.1997);

HABEAS-CORPUS – crime de tráfico de entorpecentes – prova ilícita: escuta telefônica –

1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa. 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. (STF – HC 74.116 – SP – 2ª T. – Rel. p/ Ac. Maurício Corrêa

- DJU 14.03.1997);

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – prova – gravação telefônica – art. 5, XII, da CF – confissão extrajudicial – circunstância atenuante – Lei nº 9034/95 – lei processual penal –

A confissão extrajudicial efetuada na presença de defensor e confirmada pelos demais elementos do processo, especialmente o depoimento de co-réu, torna inviável absolvição. Não se beneficia da circunstância atenuante da confissão espontânea perante a autoridade policial o réu que, em juízo, vem a se retratar. Constitui meio lícito de prova, a instruir o processo penal, a gravação de conversa telefônica entre vítima e acusado, desde que um dos interlocutores da mesma tenha ciência, hipótese descaracterizadora da violação das comunicações vedada pelo texto constitucional. As normas de caráter processual instituídas pela Lei nº 9034/95 submetem-se ao princípio *tempus regit actum* e, portanto, embora alcancem de imediato os feitos em curso, são inaplicáveis em relação aos atos praticados antes de sua vigência. (TAMG – Ap 0222776-7 – 2ª C.Crim. – Relª Juíza Myriam Saboya – DJMG 10.04.1997);

PROVA ILÍCITA –

Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da CF, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do HC pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do HC, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, de 24.11.1993, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou; no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (STF – HC 69.912-0 – RS – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 25.03.1994) (04 200/135).

ISSQN - REGIMES TRIBUTÁRIOS - SOCIEDADES DE PROFISSIONAIS E EMPRESAS

FÁBIO ORDONES MARTINS DA COSTA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Não cabimento às sociedades que se estruturam na forma empresarial do regime tributário previsto no art. 9º, §3º, do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987.

Na estrutura jurídica do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza dada pelo Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar 56, de 15 de dezembro de 1987, temos as duas modalidades de alíquotas descritas por Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO. 1993, p. 236): a) uma fração, percentual ou não, da base de cálculo; b) valor monetário fixo, ou variável, em função de escalas progressivas de base de cálculo.

Vemos que, nas hipóteses em que os serviços são prestados na forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, a alíquota é um valor monetário estabelecido em face de fatores outros que não a sua remuneração. São os profissionais autônomos. Por outro lado, também assim é apurado o ISSQN das sociedades profissionais, ou seja, aquelas formadas por certos profissionais, quando estes assumem responsabilidade pessoal, embora prestem o serviço em nome da sociedade. Ressalta-se aqui que o imposto é devido pela sociedade e em razão de serviços por ela prestados, sendo considerado o número de profissionais habilitados os sócios, empregados, ou não, para simples apuração do tributo devido.

Já a alíquota estabelecida em face do preço do serviço rege as outras situações.

Assim, dois são os regimes de tributação: de um lado, os profissionais autônomos e as sociedades de profissionais e, de outro, as empresas.

A lei aqui foi empregada como instrumento para estabelecer essa discriminação, o que é perfeitamente adequado, pois cabe justamente a ela diferenciar, como assevera Celso Ribeiro Bastos (BASTOS. 1997, p. 183): "*O papel da lei na verdade não é outro senão o de implantar diferenciações.*"

Todavia, tal poder atribuído à lei não é ilimitado. É que ela somente pode tratar diferentemente os que efetivamente se desiguam. É o que também podemos extrair de uma das obras de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS. 1997, p. 180-1):

"... faz-se necessário esclarecer o que se entende por

igualdade formal. Esta consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento jurídico.

(...)

Com o tempo, o princípio da igualdade, sem perder essa condição primitiva, foi ampliando-se para impedir que os homens fossem diferenciados pelas leis, isto é, que estas viessem a estabelecer distinções entre as pessoas diferentemente do mérito.

(...)

É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação."

Tal discriminação deve, pois, encontrar nas próprias diferenças efetivamente existentes entre os dois grupos distintamente tratados a sua razão de ser, sob pena de não persistir validamente no ordenamento jurídico por infringir o princípio constitucional da igualdade:

"o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes." (MELLO. 1993, p. 23)

No que concerne aos serviços prestados pelos profissionais autônomos, distinguem-se eles dos que se sujeitam à tributação pelo preço do serviço justamente pela sua nota de pessoalidade. Há a absoluta preponderância do trabalho humano próprio como fator de produção, o que justifica um tratamento privilegiado que se instaura em absoluta consonância com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Magna Carta). Cumpre-se, pois, o que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de "consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição", ou seja,

"que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em

diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público." (MELLO. 1993. p. 41)

Tal tratamento peculiar é o regime da tributação desvinculada do preço do serviço, que abrange os autônomos e as sociedades de profissionais. Na quase generalidade dos casos, este tem sido efetivamente mais vantajoso ao contribuinte.

Tal forma de tributação, alheia ao valor do bem em circulação, na nossa compreensão, ensejaria frontal violação ao princípio da capacidade contributiva. Todavia, tendo a jurisprudência se consolidado no sentido de sua admissão, tomemos como questão superada para permitir o prosseguimento deste trabalho.

No ISSQN, mais complexa que a tributação dos autônomos é a das sociedades de profissionais. A exigência legal para adequação ao regime tributário diferenciado é mais extensa. Há que ser a sociedade composta exclusivamente pelos profissionais habilitados que exerçam os serviços especificados no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68. Além disso, os seus profissionais devem assumir responsabilidade pessoal pelo trabalho por ele executados, embora o façam em nome da sociedade.

Os serviços aqui são prestados não mais pela pessoa natural, mas por uma sociedade. Cada profissional que nela se encontra atuando o faz como um de seus órgãos. Esta atuação não se verifica de forma promíscua ou indistinta. É perfeitamente delimitada. A pessoalidade da responsabilidade do profissional exige que assim seja.

Depreende-se, naturalmente, que é da sua essência a presença do trabalho profissional qualificado, que nelas ainda se expressa de forma pura, embora vinculado a uma sociedade. Sua estrutura tem, pois, o fim exclusivo de dar suporte ao trabalho profissional dos sócios, complementados, ou não, pelo trabalho profissional de empregados. Assim, a relação entre os profissionais da sociedade é de mútua cooperação. A receita decorrente dos serviços prestados é basicamente a remuneração do trabalho destes, acobertando também o custo de sua simplificada estrutura de apoio. Estas características em muito se assemelham àquelas que justificaram o tratamento tributário diferenciado dado aos profissionais autônomos, o que também as faz merecê-lo.

Não é por menos que o saudoso Bernardo Ribeiros de Moraes (MORAES: 1984, p. 456), quanto às sociedades de profissionais, já professava que:

"... tais sociedades diferem das pessoas jurídicas que auferem lucros em virtude de seu capital. (...) o seu

rendimento decorre da sua capacidade de trabalho (causa eficiente), inclusive de relações pessoais e profissionais dos sócios. Nestas sociedades o papel do capital passa a ser secundário, tecnicamente seria impraticável distinguir lucro da parcela dele resultante."

Com características diametralmente opostas encontram-se as sociedades civis ou comerciais que se estruturam como empresa.

Como muito bem lembra Dylson Doria (DORIA. 1994, p. 47) das palavras de Carvalho de Mendonça:

"empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade." (Tratado de direito comercial brasileiro. 2. ed., Rio de Janeiro, v. 1, p. 492-3)

As empresas se caracterizam por uma organização baseada essencialmente no emprego de significativo capital, que, conjugado com o trabalho fornecido basicamente por relações empregatícias, visa primordialmente ao lucro. O papel peculiar dos sócios é destinar à pessoa jurídica os recursos financeiros que compõem o seu capital social. O trabalho destes, quando presente, consiste, via de regra, na sua direção e representação. As receitas decorrentes de sua atividade-fim destinam-se precipuamente a cobrir o alto custo de sua estrutura e a remunerar com o lucro o capital empregado.

As empresas podem ter tanto objeto comercial quanto civil e, neste caso, desempenhar exclusivamente alguma das atividades elencadas no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68. Todavia, em se tratando de empresas, ainda que assim atuem, não encontramos os fundamentos fáticos que ensejaram a criação do regime tributário diferenciado.

Nas empresas, a habilidade gerencial dos sócios é, na prática, mais relevante do que sua habilitação profissional. A sua atuação administrativa, via de regra, prepondera sobre qualquer eventual atividade técnico-profissional. A divisão do trabalho, inclusive na atividade-fim, é acentuada. Concomitantemente, há assimétrica distribuição da responsabilidade profissional entre aqueles que não necessariamente estão a desenvolver as tarefas técnicas de execução. Estas,

por vezes, são realizadas mediante subordinação hierárquica, o que afasta a autonomia típica do trabalho profissional com responsabilidade pessoal. A responsabilidade, com frequência, é assumida por aqueles hierarquicamente superiores, que desempenham atividades de coordenação, supervisão, ou direção, ou mesmo pelo sócio, quando habilitado. Dos profissionais executores a empresa demanda o conhecimento técnico e a habilidade que possibilitem um eficiente desempenho de suas tarefas. Permanecem, contudo, no anonimato profissional quanto à autoria material dos trabalhos por eles conduzidos. São, como qualquer outro empregado, simples instrumentos de alcance do fim último da empresa, que é o lucro.

Resumidamente, podemos distinguir as sociedades de profissionais das empresas tomando emprestado o caminho percorrido por Bernardo Ribeiro de Moraes. Nas empresas, a causa eficiente dos seus rendimentos é o capital, enquanto nas sociedades de profissionais essa é encontrada na sua capacidade de trabalho profissional. Essas sociedades existem para dar suporte ao trabalho do profissional, enquanto nas empresas esse trabalho, quando presente, é simples meio de auferir receita.

É essa a disparidade fática que levou o legislador a estabelecer um tratamento tributário diferenciado entre as duas categorias. Assim, importa concluir que as empresas – ainda que tenham quadro societário formado por profissionais habilitados e como objeto exclusivo um daqueles serviços elencados no art. 9º, §3º, do Decreto-lei 406/68 – não se adequam aos preceitos que estabelecem o regime tributário especial das sociedades de profissionais.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DYSON, Dória. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática do imposto sobre serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - BREVE ESTUDO

RONALD ALBERGARIA

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

Introdução

Na vida em sociedade travam os homens relações múltiplas e variadas na busca da satisfação de suas necessidades básicas. Daí é natural o surgimento de conflitos de interesses. Muitas vezes, esses são resolvidos pelas próprias partes em litígio, através de transações, renúncias e outras maneiras de autocomposição.

Entretanto, havendo resistência de uma das partes à pretensão da outra, vedada que está a autotutela, surge a necessidade de que o Estado, *através do processo*, solucione os conflitos de interesses opostos, dando a cada um o que é seu, distribuindo, com isso, a perfeita Justiça e reintegrando a ordem e a paz no grupo social.

Essa tarefa do Estado desenvolve-se através da jurisdição, que é o poder-dever que cabe ao Estado de, substituindo-se às partes, resolver o conflito de interesses que lhe é apresentado a fim de que, tutelando o ordenamento jurídico, dê a cada um o que efetivamente é seu. *Jurisdição, em resumo, é o poder de julgar.*

O Código Penal traçou normas mínimas de convivência em face do agrupamento social. Fixou regras de punição, definindo os crimes e cominando as penas. Eis o direito penal material. À violação do direito segue-se a ação correspondente, o processo, por meio do qual se cumprem aquelas regras e se aplicam aquelas penas: eis o direito processual penal, enfeixado no Código de Processo Penal e em outras leis esparsas, como a que criou o Juizado Especial Criminal e que comentaremos em seguida.

Assim, uma vez desrespeitada qualquer das regras de punição como, por exemplo, no caso de um furto, em que dois indivíduos previamente ajustados subtraem de vítima determinada o seu automótor, não está o ofendido legitimado a valer-se de uma vara, para, assim que encontrados os autores do crime, vibrar-lhes, a título de sanção, potentes golpes nas solas dos pés. Isso equivaleria a uma vingança privada. Para dar aos autores da subtração o que lhes é devido, o Estado, no exemplo, valendo-se do Ministério Público, através do devido processo legal, inicia a persecução penal, conferindo-se aos acusados amplo direito de defesa.

No Juizado Especial Criminal, como veremos, a mesma marcha adiante, quer dizer, o mesmo processo ocorrerá. A diferença, para a distribuição da Justiça, estará centrada, simplesmente, em procedimento inovador, sumaríssimo, com suas características peculiares que também veremos em nosso breve estudo.

"Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por Juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo."

Implantou-se, com a criação dos Juizados Especiais, modelo procedimental mais concentrado e célere. Qual o objetivo do legislador? Solucionar, de forma rápida e eficaz, as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Diz o artigo em tela que o Juizado há de ser provido por Juizes togados ou por esses últimos e leigos. Mas é preciso que se indague: os leigos seriam auxiliares da Justiça? O art. 139 do Código de Processo Civil arrola o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o oficial avaliador, entre outros, como sendo os ajudantes do Juízo. Seria possível que eles, nessa condição, pudessem sentenciar, também homologando os acordos entre as partes ou promovendo ainda a colheita de provas? A resposta é negativa.

É que o art. 72, que cuida da audiência preliminar, reza que ela deve ser dirigida pelo juiz. Isso quer dizer que somente o juiz legalmente investido pode realizar todos os atos inerentes à função jurisdicional. Se o juiz leigo vier a presidir a audiência preliminar, promovendo a conciliação civil dos danos ou decidindo o cabimento da transação penal, haverá nulidade absoluta por falta de observância do devido processo legal, independentemente da comprovação do prejuízo, que nesse caso se presume.

Anota igualmente o referido artigo que o Juizado tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. A princípio é bom que não se esqueça do foro especial por prerrogativa de função. Ainda que de menor potencial ofensivo, as infrações cometidas por Senadores e Deputados Federais serão julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, Governadores e Desembargadores, pelo Superior Tribunal de Justiça; Deputados Estaduais, Prefeitos, Juizes e Promotores de Justiça, pelos respectivos Tribunais Estaduais. Em Minas Gerais, tal tarefa encontra-se cingida ao Tribunal de Justiça.

Por julgamento, entendemos a forma pela qual se coloca fim à lide,

solucionando-se o conflito de interesses apresentado em Juízo.

No âmbito do Juizado, o conflito de interesses pode ser solucionado de várias maneiras. Uma forma seria pela composição civil dos danos, na fase pré-processual, outra seria a partir da transação penal, com a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Temos ainda, como solução do conflito de interesses, inaugurado o procedimento sumário, a prolação da sentença – ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide. Outra forma de solução do litígio é a suspensão do processo.

Vejam os então, de forma resumida, a transação do art. 72. Na audiência preliminar devem estar presentes: promotor de justiça, autor do fato (réu), vítima, responsável civil (se necessário), advogados, juiz.

A proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa deve ser especificada pelo promotor (art. 76, *caput* c/c o seu § 2º). Em seguida, se aceita pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz (art. 76, § 3º). Se acolhida a proposta do Ministério Público, será aplicada a sanção – que não gera reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, § 4º). Essa decisão se chama sentença, da qual caberá apelação para a Turma Julgadora do próprio Juizado (art. 76, § 5º, c/c o art. 82).

Outro caso de julgamento ocorre com o início do procedimento sumaríssimo. Se malograda a proposta de transação ou se for a mesma incabível pela ausência dos requisitos legais (art. 76, § 2º, I, II, III), será oferecida denúncia oral. Se o autor do fato não estiver presente, ainda assim a denúncia oral há de ser oferecida. Se ele estiver presente, cópia da denúncia, já reduzida a termo, lhe será entregue, ficando o autor da infração citado para a audiência de instrução, debates e julgamento, da qual também serão cientificados seu defensor, o Ministério Público, a vítima, o responsável civil e respectivos advogados.

Na mencionada audiência, a palavra deve ser dada ao acusado, na pessoa do seu advogado, para responder aos termos da acusação. Depois o juiz decide se recebe ou se rejeita a denúncia ou queixa. Se recebida, serão ouvidas as testemunhas de acusação e defesa, interrogado o imputado, seguindo-se daí os debates orais e, finalmente, a sentença (art. 81, *caput*).

Existe ainda outra forma de julgamento, a saber, a decorrente da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89). A pena mínima cominada deverá ser igual ou inferior a um ano. Depois de oferecida a denúncia, poderá o promotor propor a suspensão, por dois a quatro anos, desde que o acusado não tenha sido condenado ou esteja sendo processado por outro crime. Demais disso,

os outros requisitos autorizadores do art. 89 precisam estar presentes. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o juiz, depois de receber a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob o cumprimento de condições.

Mas essa decisão, pela definição do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, não é sentença, visto que nela o juiz não põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Portanto, ela é uma decisão interlocutória, ou seja, ato através do qual o juiz, no curso do processo, resolve uma questão incidente.

Quanto à execução, apenas aquela advinda das sanções pecuniárias será feita através do próprio Juizado, mediante pagamento da importância na Secretaria, seguindo-se a imediata declaração de extinção da pena (art. 84 e parágrafo único).

“Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as Contravenções Penais e os Crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 01 ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

Todas as contravenções penais, inclusive aquelas com pena superior a um ano e que ostentam procedimento especial, são infrações de menor potencial ofensivo, inclusive “jogo do bicho” e contravenções florestais (art. 24 da LCP – pena de até 02 anos de prisão simples – art. 45 do Dec-Lei 6.259/44 e art. 58 e seu § 1º do procedimento especial).

Quanto aos crimes: pena máxima de reclusão ou detenção não superior a 01 ano, com exceção daqueles cuja persecução penal se faz mediante procedimento especial como, por exemplo, os crimes de imprensa (Lei 5.250/67) e abuso de autoridade (Lei 4.898/68). Os crimes falimentares, por causa do seu procedimento especial, também escapam da órbita de competência do Juizado, o mesmo acontecendo com os delitos praticados por funcionários públicos, tais como peculato culposo (art. 312, § 2º, do CP), prevaricação (art. 319), condescendência criminosa (art. 320) e advocacia administrativa (art. 321 e § 1º), previstos nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Lado outro, há delitos que estão previstos em legislação especial que, não estando sujeitos a procedimento especial, incluem-se na competência do Juizado Especial Criminal – arts. 63, § 2º, 66, 67 e 74 do Código de Defesa do Consumidor.

A pena máxima não superior a um ano deve ser calculada levando-se

em consideração as causas de aumento e diminuição do CP? Antes da resposta, urge estabelecermos quais são as causas de aumento e de diminuição. Da Parte Geral: arts. 14, II, 16, 21, parte final, 24, § 2º, 26, parágrafo único, 28, § 2º, 29, §§ 1º e 2º, 69, 70 e 71 do CP. Da Parte Especial: arts. 121, § 1º e 4º, 129, § 4º, 155, § 1º e 2º, 157, § 2º, 158, § 1º, 168, § 1º, 171, § 1º, 221, 226 etc.

A quantidade de aumento ou de diminuição, dependendo da hipótese, pode ser fixa ou variável. De qualquer forma, as causas de aumento ou de diminuição, assim como as qualificadoras – que não se confundem com aquelas (qualificadoras são circunstâncias que dão qualidade ao crime - encontram-se na Parte Especial do CP e têm pena própria – ex: art. 121, § 2º e seus incisos), refletem-se na pena cominada *in abstracto*. Exemplo disso o § 4º do art. 121 do CP que majora em um terço a pena abstrata do § 3º do referido diploma. Logicamente, aqui foi afetada a cominação da pena – a sanção relativa ao tipo fundamental, que, no caso, é o homicídio culposo (01 ano de detenção), foi acrescida da citada fração. Daí, a inferência é a de que as causas de aumento e de diminuição e as qualificadoras devem ser consideradas no cálculo mencionado no art. 61. O mesmo não ocorre com as agravantes e atenuantes genéricas (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP), até porque, em face delas, não há cominação de pena.

De outra face, não há que se confundir o princípio da insignificância, que consagrou o crime de bagatela, com o conceito de menor potencial ofensivo. Bagatela significa ninharia, algo de pouca ou nenhuma importância. Se a conduta é insignificante, vale dizer que ela é atípica. Logo, não há crime a ser punido.

Como exemplos citamos duas hipóteses.

Suponha-se o caso de lesão caracterizada por eritema levíssimo. Conquanto possa ser registrada por perícia imediata e confirmada por testemunhas, é de significação ridícula para justificar a imposição de pena criminal. É que a noção de tipicidade engloba um valor concreto relevante para a ordem social. Aqui se impõe o arquivamento.

Já a lesão corporal que provoca na vítima ferimento que a incapacite para o exercício de suas ocupações habituais por uma semana não é insignificante, apesar de sua natureza leve, reclamando a adoção das medidas preconizadas pela Lei 9.099, porquanto evidente tratar-se de delito de menor potencial ofensivo.

“Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.”

São objetivos do processo perante o Juizado: tutela da vítima mediante a reparação, sempre que possível, dos danos por ela sofridos; imposição de pena não privativa de liberdade.

Princípios: 1) oralidade – composição civil, transação penal, denúncia, queixa, representação do ofendido, debates e sentença são formuladas oralmente; 2) informalidade – regula todos os atos processuais do Juizado e da Autoridade Policial. O inquérito policial é dispensável (art. 69), já que substituído pelo TCO. As audiências são informais. Só se reduzem a termo, de forma resumida, os fatos relevantes nelas ocorridos (art. 65, § 3º). Prescinde-se do ACD. A materialidade pode ser aferida pelo boletim médico ou prova equivalente (art. 77, § 1º). A sentença dispensa relatório (art. 81, § 2º e 3º); 3) economia processual – os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as formalidades para as quais foram realizados (art. 65). Descabe a decretação de nulidade pelo descumprimento de qualquer formalidade do procedimento que não venha a acarretar prejuízo para as partes (art. 65, § 1º); 4) celeridade – Autoridade Policial toma conhecimento da infração de menor potencial ofensivo. Lavra, de imediato, o TCO e o remete ao Juizado. Se possível, encaminha também o autor do fato e a vítima. Se todos estão presentes, procede-se à audiência preliminar. Se não for possível realizá-la, os presentes já deverão sair intimados.

Esses princípios, no Juizado, apesar de empregados intensamente, não podem afastar a aplicação das garantias processuais constitucionais das partes (ampla defesa, estado de inocência, contraditório, publicidade).

“Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.”

A Jurisdição, como vimos, é o poder de julgar. Ela é uma, ou seja, todo juiz investido do poder de julgar deve exercer a sua atividade natural, qual seja, a jurisdicional. Mas em que limite? É óbvio que um juiz de Manaus, no Amazonas, não pode julgar um furto havido em Belo Horizonte. Logo, a Jurisdição, apesar de uma, não pode ser exercida ilimitadamente por um juiz. Assim, o poder de julgar, a jurisdição, é dividida entre os vários órgãos do Poder Judiciário, através da competência. *A competência é, assim, a medida e o limite da jurisdição.* A Constituição Federal e as leis, inclusive a de Organização Judiciária, fixam a jurisdição dos juizes e tribunais.

O art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, estatui que “a

competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

Presente aqui a competência territorial e a sua regra é a da prorrogabilidade, sendo, portanto, relativa. A sua inobservância não vai gerar nulidade (princípio da informalidade).

Se houver dúvida quanto ao local exato do cometimento da infração ou, se incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, por ter sido a infração praticada na divisa entre as comarcas, a regra aplicável será a do art. 70, § 3º, do Código de Processo Penal, qual seja, a da prevenção – concorrendo dois ou mais juízes competentes ou com jurisdição cumulativa, a competência será daquele que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a ele relativa.

É importante que se ressalte que no Juízo Cível o magistrado só fica prevento com a citação válida (art. 219, CPC). Na esfera criminal (art. 83, CPP), qualquer ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa, já é suficiente para prevenir a jurisdição.

Nos casos de conexão e continência (arts. 76 e 77 do CPP), em se tratando de infração de menor potencial ofensivo e crime mais grave, esse último delito atrai a jurisdição, prevalecendo a competência do Juízo de atração.

Da competência para a execução, nos casos de composição civil dos danos, as regras de competência dos Juizados Cíveis e Criminais são diferentes. No cível prevalece a do domicílio do réu (art. 4º, I). No criminal, a do local dos fatos. Com efeito, o acesso à jurisdição poderá se dar no foro do réu (art. 4º, I), ou no local dos fatos (art. 63). Seja como for, os princípios da informalidade e simplicidade admitem o concurso de jurisdições sem imposição dos efeitos de nulidade, salvo em caso de comprovada má-fé.

“Art. 64. Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.”

Vide art. 792 e seu § 1º (CPP). Se do ato puder vir a acontecer escândalo, grave perigo para a ordem, o Juízo, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que a audiência ocorra a portas fechadas.

“Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as

finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.

§ 3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente."

Trata-se da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais. Vigora o princípio da instrumentalidade das formas. Instrumento é meio utilizado para um fim. Logo, a decretação da invalidade de determinado ato, só porque praticado de forma irregular, por si apenas, não pode ser automática. A desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve levar ao reconhecimento da invalidade do ato, quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Assim, é preciso que se afaste a consagração de um formalismo exagerado e inútil. Somente a atipicidade processual relevante dá lugar à nulidade, até porque, como dito, os atos de procedimento visam, em última análise, à preparação do pronunciamento jurisdicional final.

Quando então deve ser reconhecida a nulidade? No momento em que se verifique prejuízo que gere dano ao contraditório (ex: inversão da prova), ou naquele que influa diretamente na apuração da verdade real (ex: falta de defesa), ou na decisão da causa. Ao mesmo passo, o dano há de ser concreto e cabe à parte que o alegar a demonstração efetiva do prejuízo, salvo as nulidades absolutas, que não exigem a demonstração do prejuízo, que é evidente (o legislador presume o prejuízo - ex: falta de citação, quesitação deficiente etc.).

De se gizar que nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Mas no Juizado as nulidades relativas quase não ocorrerão, visto que a Lei 9.099 expressamente determinou que a validade dos atos processuais dar-se-á sempre que estes vierem a preencher as formalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62.

Não se pode omitir o princípio da convalidação, que nada mais é do que o remédio pelo qual será possível aproveitar-se a atividade processual atípica. Sua forma mais comum é a preclusão (obviamente quando se trata de nulidade

relativa). Justifica-se a medida pela própria definição de processo, que é “marcha adiante”. Logo, não teria sentido o retrocesso a todo instante. Daí a preclusão: perda da oportunidade legal de argüir uma nulidade. Os arts. 571 e 572 do Código de Processo Penal fixam o momento de se alegar a nulidade. Passado o momento, a irregularidade fica sanada pela preclusão.

No processo civil (art. 245, CPC), a nulidade deve ser levantada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos. No procedimento ordinário do Código de Processo Penal, na fase das alegações finais (art. 500). No procedimento sumário do Júri, as nulidades ocorridas antes da pronúncia devem ser argüidas na fase das alegações finais (art. 406 do CPP).

“Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.”

A citação é o ato processual de comunicação ao acusado de que foi instaurada ação penal contra ele e, ao mesmo tempo, de seu chamamento a Juízo, em dia e hora previamente designados, para que possa defender-se. É ato essencial. A irregularidade da citação gera nulidade absoluta.

Como se dá, no Juizado, o chamamento do autor da infração? Na fase pré-processual, o autor da infração *é intimado* para comparecer à audiência preliminar (arts. 67, 68 e 71). Ele só será *citado* após o oferecimento da denúncia ou da queixa.

A citação será sempre pessoal. Não existe a citação ficta (por edital). Não se admite também a revelia. Se o autor da infração não for encontrado, o juiz deverá encaminhar o feito ao Juízo Comum. O posterior comparecimento do acusado no Juízo Comum não faz devolver a competência do Juizado. Todavia, as regras do Juizado, atinentes à composição civil dos danos, transação penal e suspensão do processo serão aplicadas no Juízo Comum.

Impossível a citação por rogatória. A citação por precatória é possível, mas há de ficar claro que o comparecimento do autor da infração deverá ocorrer no local dos fatos, que é o competente, segundo o art. 63.

“Art. 67. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega

ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

Parágrafo único. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e os defensores."

A intimação é realizada através de correspondência, com aviso de recebimento pessoal. Admite-se, entretanto, o emprego de qualquer outro meio de comunicação. Se existe responsável pelo dano causado pelo empregado, por exemplo, de uma grande empresa de transportes, que feriu alguém em acidente de trânsito, será necessária a intimação do representante da pessoa jurídica ou individual para a audiência de conciliação (arts. 72 e 74).

Intimação é a comunicação de atos já praticados (ex: intimação de sentença).

Notificação é a comunicação a alguém de que, se praticar ou não certo ato, estará sujeito à cominação (ex: art. 71 – notificação do responsável civil).

"Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público."

Se inexistente defensor público na Comarca, o juiz deve nomear defensor dativo.

"Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança."

Pelos princípios da informalidade e celeridade fica dispensada a instauração de inquérito policial. A Autoridade Policial, de igual maneira, não irá expedir Portaria ou providenciar a lavratura do APF. Todavia, se a lavratura do flagrante for indispensável e não sendo o caso do livrar-se solto o arguido, a

competência para o processo deverá ser prorrogada ao Juízo Comum em face da complexidade do tema (art. 77, § 2º). Nunca é demais a lembrança de que a condução coercitiva poderá ser adotada pela Autoridade Policial, mas sempre, com a autorização expressa do juiz. Também deverá a Autoridade Policial, no caso do crime de lesão corporal, se possível, enviar o laudo pericial, ou, se impossível, boletim médico ou prova equivalente.

E, se a hipótese for de ação penal pública condicionada ou de ação privada, qual a providência a ser adotada pela Autoridade Policial? Pela inteligência do art. 75, a Autoridade Policial, mesmo sem a representação do ofendido, deve enviar o TCO ao Juizado, a fim de que ali seja tentada a composição civil dos danos. Se ela malograr, somente aí será dada a palavra ao ofendido para o exercício do direito de representação.

O TCO não tem formalidades especiais. Basta o seguinte: identificação do autor da infração, sua qualificação e endereço; identificação, qualificação e endereço da vítima; breve relato dos fatos, com as versões dos envolvidos e bem assim das testemunhas presenciais, que deverão ser arroladas, mencionados os seus endereços; folha de antecedentes criminais; relação dos instrumentos apreendidos; lista dos exames periciais requisitados.

A Autoridade Policial, tomadas as providências acima citadas, encaminha o TCO ao Juizado. Em seguida o Termo é recebido pelo juiz (nunca pelo juiz leigo ou conciliador). Entregue ao Ministério Público, se presentes as partes poderá ocorrer o seguinte: 1) arquivamento; 2) requerimento de diligência imprescindível ao oferecimento da denúncia (art. 16, CPP); 3) composição civil dos danos; 4) transação penal com a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 76); 5) oferecimento de denúncia oral (art. 77, *caput*); 6) propositura de suspensão do processo (art. 89).

Algumas considerações sobre o princípio da legalidade

O modelo processual penal clássico da América Latina atém-se rigorosamente ao princípio estrito da legalidade – obrigatoriedade do exercício da ação penal pública – sem exceções. Pelo princípio da legalidade não se pode desistir da ação penal e tampouco do recurso já interposto.

Mas quando ocorre essa obrigatoriedade? Em que caso deve ser proposta a ação penal? Vejamos. A primeira condição para a propositura da ação penal é a possibilidade jurídica do pedido - o fato descrito na peça inicial deve possibilitar a imposição de uma pena. Isso só será possível se presentes os

elementos de tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade. A falta de qualquer um deles impedirá a aplicação de qualquer sanção. Não havendo possibilidade de imposição de pena, o pedido descrito na inicial será juridicamente impossível. Se não houver possibilidade jurídica do pedido, faltarão, também, interesse de agir. Logo, não haverá justa causa para o processo, por ausência de fundamentos razoáveis para a acusação. A ação penal não será inaugurada: 1) se o fato não constitui crime; 2) se já extinta a punibilidade; 3) se ausente uma das condições da ação acima vistas. A falta de justa causa é caracterizadora de coação ilegal, sanável pela via do *habeas corpus* (PCO – falta de interesse de agir).

Pois bem, e como fica a questão da obrigatoriedade do exercício da ação penal em vista da Lei 9.099? Essa obrigatoriedade dá lugar ao princípio da oportunidade, ou seja, o Ministério Público tem a faculdade de dispor, sob determinadas condições, da persecução penal, preferindo a adoção, dentro da sua discricionariedade regrada, de outras medidas despenalizadoras, mais eficazes ao combate das pequenas infrações.

“Art. 70 . Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data mais próxima, da qual ambos sairão cientes.”

“Art. 71 . Na falta de comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.”

Se não for possível a realização imediata de audiência preliminar, o juiz designará outra data, saindo as partes intimadas. Se uma das partes não comparece à audiência preliminar, deve ser intimada nos moldes dos arts. 67 e 68, sem prejuízo de sua condução coercitiva, ordenada, aqui, pelo juiz, dispensando-se, com isso, o decreto de prisão preventiva em desfavor do autor da infração.

“Art. 72 . Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”

Se o autor da infração for menor de 21 anos e maior de 18, estando acompanhado de advogado, não há indeclinável necessidade de lhe ser nomeado

curador, múnus exercido pelo profissional habilitado. Cuida-se aqui, da aplicação do princípio da informalidade. Além disso, a Súmula 352 do STF anota que: *havendo advogado constituído ou dativo, torna-se dispensável a nomeação de curador.*

Já o ofendido menor de 21 anos há de ser representado civilmente por seu pai, tutor ou curador. Se houver conflito de interesses há de ser representado por curador especial nomeado pelo juiz (arts. 8º e 9º, I, CPC).

Estudaremos os casos de composição civil dos danos, primeiramente, na ação penal de iniciativa privada e na ação penal pública condicionada e, depois, na ação penal pública incondicionada.

1º caso - a conciliação (art. 73), uma vez homologada pelo juiz, leva à renúncia do direito de queixa ou de representação. Reduzida a termo (a escrito), a composição dos danos é homologada pelo juiz mediante sentença irrecurável, que tem eficácia de título a ser executado no Juízo Cível competente, inclusive o do próprio Juizado se dentro do valor de alçada ou se houver renúncia ao montante excedente. O juiz pode vetar cláusula ou termo que considere abusivo. A denúncia, assim como a queixa, não pode mais ser oferecida, ainda que não cumprido o acordo pelo autor da infração.

Na esfera do Juizado, a reparação do dano do crime (no Juízo Comum funciona, por exemplo, como causa de redução de pena nos casos de arrependimento posterior e como requisito do livramento condicional e da reabilitação) alcança uma dimensão nunca vista em nosso sistema jurídico.

É que a ação civil reparatória, também denominada *ex delicto* somente nasce, é gerada, a partir do exercício da ação penal. A composição civil dos danos será buscada após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Logo, sem a ação penal não existe ação civil *ex delicto*. Mas no Juizado acontece o contrário, porque a ação penal, se aforada, impede a composição civil dos danos, pelo menos num primeiro momento.

Se não há acordo na ação penal condicionada, a vítima, querendo, representa. Na ação privada oferece a queixa oral (o juiz pode ou não recebê-la).

2º caso - composição civil dos danos em infração penal cuja ação seja pública plena. O Ministério Público pode e deve propugnar e intervir pela composição civil dos danos acenando com uma proposta de transação penal mais vantajosa para o autor dos fatos.

A composição civil dos danos foi incluída como causa de extinção da punibilidade quando se trata de ação penal privada ou de ação penal pública

condicionada.

De se salientar a natureza jurídica da composição civil. A Lei 9.099, onde se encontra inserida a composição civil dos danos, é de caráter misto, porque encerra dispositivos de direito material e de direito processual penal. Os de direito material são os que dispõem a respeito da composição, da decadência, da aplicação imediata de pena e da suspensão do processo. O Direito Penal brasileiro acolhe o princípio da retroatividade da lei penal, quando favorável ao acusado. O parágrafo único do art. 2º do CP afirma que a lei posterior, que de qualquer maneira beneficiar o réu, será aplicada aos fatos praticados anteriormente à sua vigência.

"Art. 73 . A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal."

O juiz conduz a conciliação. Os conciliadores e bem assim os juízes leigos não têm função jurisdicional.

"Art. 74 . A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal condicionada à representação, o acordo homologado acarreta renúncia ao direito de queixa ou representação."

Vide comentários ao art. 72. É forma de despenalização, porquanto conduz à extinção da punibilidade.

"Art. 75 . Não obtida a composição civil dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzido a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei."

O mesmo ocorre com o direito de queixa embora silente o dispositivo. O prazo é de seis meses e se inicia na data em que o ofendido, se capaz, ou seu representante legal, vier a saber quem foi o autor do crime.

Vítima menor de 18 anos: se seu pai, mãe, tutor ou curador não vier a exercer o direito de representação, no prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem era o autor do crime, qual a solução? O próprio ofendido, ao completar 18 anos de idade poderá vir a exercê-lo, dentro do mesmo prazo, calculado do momento em que adquiriu capacidade processual. Aplica-se aqui a Súmula 594 do STF: cômputo em separado do prazo decadencial para os menores de 18 anos e seu representante legal - ambos têm legitimidade para representar.

“Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

A transação penal abre a 2ª fase da audiência preliminar, precedida pela composição civil dos danos.

A transação penal é instituto decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la, sob certas condições. Temos aqui o princípio da discricionariedade regradada ou regulada. É que o Ministério Público só pode dispor da ação penal nas hipóteses previstas legalmente, desde que exista, obviamente, a concordância do autor da infração e de seu defensor, e que ocorra a homologação judicial.

Somente o Ministério Público está legitimado a oferecer a proposta do art. 76, por força constitucional (art. 129, I, CF).

São pressupostos objetivos da Transação Penal: 1) que a hipótese seja de ação penal pública incondicionada, ou que tenha sido oferecida a representação; 2) que não seja o caso de arquivamento do TCO; 3) que não tenha sido o autor da infração condenado, por sentença definitiva, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade (o reincidente não pode beneficiar-se da transação); 4) que não tenha sido o agente beneficiado, anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação (o prazo será contado da data em que for extinta a pena restritiva de direitos ou multa e não da data da sentença que a fixar ou de seu trânsito em julgado).

São pressupostos subjetivos da Transação Penal: 1) os antecedentes – precedentes judiciais, inquéritos e processos; 2) a conduta social – comportamento social do agente, sua inclinação para o trabalho, relacionamento familiar etc.; 3) a personalidade – porção herdada dos pais que determina o comportamento do agente; 4) os motivos – caráter psicológico da ação, móvel que impulsionou o agente à conduta típica. Tais pressupostos indicam, no caso concreto, a adoção da medida despenalizadora.

Evidente também que a proposta deve partir do Ministério Público, uma vez materializados todos os pressupostos objetivos e subjetivos, ficando a mesma condicionada, para sua validade, à aceitação do autor da infração e seu defensor. Mas mesmo assim ela só terá eficácia se vier a ser homologada pelo juiz.

Na ação penal pública condicionada, se existente o acordo entre a vítima e o autor do fato, não havendo representação, fica vedada a transação penal. Elas são dependentes.

Na ação penal pública incondicionada, a composição civil, obtida mediante conciliação, não obsta a propositura da transação penal. Aqui, a

composição civil e a transação penal são independentes.

Com efeito, o promotor, titular da ação penal pública, deve avaliar as circunstâncias previstas no art. 59, assim como faz o juiz quando da prolação da sentença condenatória, para verificar a possibilidade de aplicar ou não a proposta da transação. A sua discricionariedade, entretanto, como repisado, não é aleatória. A opção entre a pena restritiva de direitos e multa deve atender às finalidades sociais da pena e aos fatores referentes à infração praticada (motivos, circunstâncias, conseqüências) e a seu autor (antecedentes, conduta social, reparação dos danos).

As penas restritivas de direitos foram ampliadas pela Lei 9.714/98:

1. prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
2. interdição temporária de direitos;
3. limitação de fim de semana;
4. prestação pecuniária;
5. perda de bens e valores.

Não se deve esquecer que o juiz fixa a pena privativa de liberdade para depois substituí-la pela restritiva de direitos, sendo certo que sua duração equivale a da primeira sanção substituída.

E a pena de multa? A escolha se dá nos mesmos padrões do art. 59. Entretanto, o valor de cada dia-multa deve ser ajustado em função da situação econômica do autor da infração. Para o agente primário, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, via de regra, não será ultrapassado o limite mínimo cominado (10 dias-multa). Porém, se o agente que atropelou e feriu terceira pessoa, não obstante a sua primariedade, possui excelente condição financeira, porquanto proprietário, por exemplo, de uma BMW, atendendo à finalidade social da pena, o montante de cada um dos dez dias-multa deverá ser expressivo.

Quanto à aceitação da proposta urge que ela ocorra simultaneamente pela defesa técnica e pelo autor da infração. A recusa de um deles impede a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, seguindo-se daí o procedimento sumaríssimo do art. 77.

Questão muito comum é o problema da não formulação da proposta pelo Ministério Público, nas hipóteses de não verificação dos pressupostos subjetivos. Qual a solução? Poderá o magistrado agir de ofício? E se o autor do fato quiser a transação, por entendê-la um direito subjetivo seu?

1ª posição - Se a transação é consensual e bilateral, não pode o juiz, a

requerimento de uma só parte, concedê-la. É que o juiz, assim agindo, viria a ingressar na esfera de discricionariedade do promotor oficiante, o que lhe é vedado por mandamento constitucional. É função privativa do Ministério Público a propositura da ação penal e, via de consequência, da pena a ser aplicada ao autor do fato, nos termos da Constituição (art. 129, I). Se o juiz invade essa seara, acaba por macular os princípios da imparcialidade, do devido processo legal e, de resto, do sistema acusatório. Contra tal decisão cabe a apelação, nos moldes do art. 82.

2ª posição - preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, o autor do fato torna-se titular de um direito subjetivo à obtenção da transação, como também da suspensão do processo. Assim, o juiz, à revelia do Ministério Público, se entender que os pressupostos para a concessão da medida se fazem presentes, julga procedente a pretensão da defesa.

Minha posição: Se o legislador constituinte consagrou o sistema acusatório e não o inquisitório dos Estados Totalitários, com a separação orgânica e funcional entre o titular da ação penal – responsável pela acusação (Ministério Público) e o responsável pelo julgamento (Poder Judiciário), a inversão desses papéis com a invasão de um na seara do outro deve ser considerada absolutamente inconstitucional. Some-se a isso, como dito, que a transação penal pressupõe *consenso entre as partes*, não podendo ser imposta pelo juiz contra a vontade do promotor, que, em última análise, é o titular da ação penal (só ele pode dispor dela). Verificado o impasse, o feito, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, há de ser remetido ao Procurador-Geral de Justiça.

Quanto à homologação não existe vinculação do juiz à proposta formulada e aceita. O juiz não é mero chancelador de acordos feitos ao arrepio da lei. Deve analisar a legalidade da transação. Na sentença que acolhe ou não a transação, dispensado o relatório, há de estar a fundamentação (elementos de convicção do juiz). Dela, cabe apelação a ser processada e decidida pela Turma Julgadora do próprio Juizado.

As normas do art. 76 têm natureza preponderantemente penal. Assim, aplicam-se retroativamente até o limite da coisa julgada, colhendo os casos em andamento. As normas dos arts. 76 e 89 são regidas pelos princípios constitucionais de proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e da imposição da lei penal mais benéfica.

A sentença homologatória da transação penal tem natureza condenatória. O autor do fato, reconhecendo a sua culpabilidade, abre mão do processo, declarando-se culpado e aceitando, de antemão, a imposição de uma pena não

privativa de liberdade.

São efeitos da sentença homologatória:

1. o principal: imposição da sanção penal;
2. os secundários: a. proibição de nova transação penal para o autor do fato, pelo prazo de cinco anos; b. saída do juiz da relação processual – esgotamento do seu poder jurisdicional, salvo para a correção de erros materiais e para analisar eventuais embargos de declaração, ficando impedido de funcionar na instância recursal.

Não são efeitos da sentença homologatória:

1. reincidência;
2. maus antecedentes;
3. lançamento do nome do réu no rol dos culpados;
4. *efeitos civis* – a sentença homologatória não pode ser tida como condenatória nos moldes das decisões proferidas, por exemplo, no Juízo Comum. Ali, a condenação servirá como título executivo. No Juizado, não. A vítima sequer participa da fase preliminar da transação, que acontece, exclusivamente, entre o promotor e o autor dos fatos e seu advogado. O ofendido não pode manifestar-se. A transação vai ocorrer ainda que a vítima se coloque frontalmente contra os termos da transação. Ela não poderá apelar da decisão por faltar-lhe legitimidade processual. Também não há que se falar em assistente da acusação nesta fase, primeiro, pela razão acima posta, segundo, porque ainda não existe relação processual instaurada, já que a denúncia não foi ainda oferecida e tampouco recebida.

E a transação penal para a imposição de pena não privativa de liberdade, poderia ser oferecida pelo ofendido, na ação penal privada, de que ele é o titular absoluto, ao autor dos fatos? Penso que não, porque a vítima, na hipótese em foco, ao contrário do promotor, ao dispor da ação penal, forçosamente abandonaria a persecução penal, já que seu ato equivaleria ao perdão aceito do art. 107, V, do Código Penal.

“Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame de corpo de delito quando a materialidade do crime

estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o MP poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei."

Procedimento sumaríssimo quer dizer acelerado, simplificado. A diferença marcante entre o procedimento sumaríssimo do Juizado e os procedimentos comum e sumário do Código de Processo Penal consiste na existência de uma fase preliminar destinada ao Juízo de admissibilidade da acusação (esta só é encontrada, no Código de Processo Penal, nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos – arts. 513 a 518).

Casos de cabimento da denúncia oral:

1. se o TCO não foi arquivado pelo juiz, a requerimento do Ministério Público;
2. se não ocorreu a transação penal (art. 76).

Casos em que a denúncia não será oferecida (art. 43, CPP):

1. se a narrativa do fato não constitui infração penal;
2. se já ocorrida a extinção da punibilidade;
3. se ausentes quaisquer das condições para o exercício da ação penal.

O promotor também poderá requerer diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, devido à ausência de elementos que individualizem o autor da infração penal, falta do boletim médico ou outra prova da materialidade do delito, falta de identificação da vítima, falta do rol de testemunhas no TCO etc. .

Em alguns casos poderemos nos deparar com fatos complexos, cujo esclarecimento demande investigações ou providências de maior porte, que impeçam o promotor de formar perfeitamente o seu convencimento e, assim, oferecer denúncia oral. Nesse caso, o feito deverá ser remetido ao Juízo Comum. Ex: erro médico de onde surgiu lesão corporal, acidentes de trânsito com várias vítimas, infrações penais de menor potencial em que não for identificada a autoria. Se indeferida pelo juiz a remessa do TCO ao Juízo Comum, por analogia, haverá de ser aplicada a regra do art. 28 do Código de Processo Penal.

São requisitos da denúncia oral (art. 41 da CPP):

1. descrição sucinta do fato típico – a narrativa inepta impede o exercício da ampla defesa e traz como consequência nefasta a anulação do processo;
2. indicação das circunstâncias – tempo do delito – lugar da prática dos atos executórios e da consumação (sem isso como seria possível a contagem do prazo prescricional? E a competência, como seria estabelecida?);
3. narrativa das condições de meio e modo de execução – qualificadoras, atenuantes, agravantes, causas de aumento e de diminuição;
4. qualificação do autor do fato – dados que permitam a sua individualização – apelido, filiação, idade, sexo, estado civil;
5. classificação da infração penal – tem importância vital a classificação provisória da infração penal na denúncia ou queixa, para o reconhecimento dos direitos do acusado, porque a suspensão do processo está vinculada diretamente à classificação do crime estabelecida na denúncia ou queixa – pena mínima igual ou inferior a 01 ano cabe a suspensão;
6. rol de testemunhas, embora não seja indispensável, em caso de necessidade, deve constar da peça inaugural, sob pena de preclusão. Pode o juiz, em nome da verdade real, de ofício, determinar a oitiva de testemunhas que julgue imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos.

Ainda no que concerne à classificação, suponha-se que o promotor erre e o juiz, já na fase da sentença, dê ao fato uma nova definição jurídica capaz de abrir ao acusado a oportunidade da suspensão do processo. Ocorrendo essa hipótese, o juiz não pode aplicar simplesmente o art. 383 do Código de Processo Penal. Se ele opera a desclassificação não deve aplicar a pena. Precisa, antes disso, se presentes as condições do art. 89, conferir ao Ministério Público vistas dos autos para que o *Parquet* possa manifestar-se sobre a conveniência ou não da proposta. Seja como for, o magistrado precisa *interromper o julgamento*.

Isso porque a sentença criminal tem três momentos. Ao findar o primeiro momento da sentença, se o julgador verifica que o delito deve ser desclassificado e que, em tese, pela pena mínima cominada, pode o agente ser beneficiado com o disposto no art. 89, tem de reconhecer a nova classificação e, antes de passar ao segundo momento (verificação da autoria), *converter o julgamento em diligência*, para que a proposta de suspensão do processo possa ser feita pelo Ministério Público. Mesmo em grau de recurso tem aplicação a regra do art. 383 do Código de Processo Penal.

Quanto à materialidade da infração penal, dispensa-se o laudo de exame de corpo de delito, substituindo-o por prova idônea (ex: nas lesões corporais

basta o boletim médico ou cópia xerox do prontuário clínico; no crime de dano – art. 163 CP – fotografia trazida pelo próprio ofendido).

“Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

§ 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§ 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.”

Procedimento simplificado:

1. remessa do TCO ao Juizado;
2. não aconteceu o arquivamento;
3. não ocorreu a composição civil;
4. fracassou a tentativa de transação penal;
5. promotor oferece a-denúncia oral (se a ação é privativa do ofendido, se não ocorreu a composição civil, não se aplica a transação, passando-se imediatamente ao aforamento da queixa-crime pelo seu titular – que é a vítima);
6. se a Autoridade Policial, juntamente com o TCO, enviou o autor da infração, ele já sairá intimado, recebendo cópia da denúncia e cientificado para comparecer na data designada para a audiência de instrução, debates e julgamento;
7. se a Autoridade Policial não tiver encaminhado o autor do fato, ele será citado pessoalmente para a audiência, remetendo-se-lhe cópia da denúncia e esclarecendo sobre a necessidade de vir acompanhado de advogado;
8. se o autor da infração não comparecer ou se não for localizado para citação – não pode ser citado por edital – o processo não pode correr à revelia. As peças existentes serão encaminhadas ao Juízo Comum (art. 66, parágrafo único).

O comparecimento posterior do autor do fato ao Juizado, após a remessa

do feito ao Juízo Comum faz devolver a competência do Juizado? Não. Compete ao Juízo Comum tomar as medidas do art. 79, ou seja, serão conferidas ao autor da infração os mesmos direitos à composição civil, transação penal e suspensão do processo, só que perante a Justiça Comum.

E o número máximo das testemunhas arroladas no Juizado, qual será? O art. 34, *caput*, no procedimento civil fala em três testemunhas. No Juizado Criminal não houve previsão. Creio que a solução está no art. 539 do Código de Processo Penal. Quando se tratar de crime, o número máximo de testemunhas será de cinco. Se o caso disser respeito a contravenção, o número será de três. Seja como for, as partes deverão arrolar as testemunhas indicando o seu endereço e sob a cláusula da imprescindibilidade, a fim de poderem substituí-las em caso do seu não comparecimento por não terem sido encontradas.

“Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.”

Na abertura da audiência, se, na fase pré-processual, não houve a oportunidade de se tentar a composição civil e a transação penal, estas devem acontecer novamente, presentes:

1. promotor de justiça;
2. autor da infração e seu advogado;
3. vítima e seu advogado;
4. responsável civil e seu advogado se for o caso;
5. juiz.

O magistrado, antes de dar a palavra à defesa para manifestar-se sobre a denúncia, esclarecerá sobre a composição civil dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Conciliadas as partes, o acordo será homologado pelo juiz, mediante sentença irrecurável, que terá eficácia de título a ser executado no Juízo Cível competente. Efeito: provoca a renúncia do direito de queixa ou de representação.

E quando o caso for de ação penal pública condicionada à representação? Suponha-se que entre o autor do fato e a vítima não tenha sido possível, na audiência preliminar, a composição civil dos danos e tampouco a transação penal. Efetivada a representação, o promotor de justiça oferece a denúncia oral. Pela

regra do art. 102 do CP, feita a denúncia, a retratação torna-se irretratável, pelo princípio da indesistibilidade ou irrenunciabilidade da ação penal. Como então repetir as propostas da fase pré-processual? É bom que se frise, que até aqui não houve o recebimento da denúncia. Acontece que a Lei 9.099 mitigou o princípio rígido da obrigatoriedade do exercício da ação penal, substituindo-o pelo princípio da disponibilidade da ação penal. Tanto é verdade, que o art. 89 permite que o promotor, após o recebimento da denúncia, quando é inaugurada a fase processual, dela desista, ofertando ao autor do fato a suspensão antecipada. Logo, poderá o promotor, mesmo em caso da ação penal pública condicionada à representação, flexibilizada a norma do art. 102 do CP, ofertar, novamente, ao autor do fato, a proposta da transação penal.

“Art. 80. Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.”

A vítima, autora da ação penal privada, se não vier a comparecer à audiência de instrução, debates e julgamento e não apresentando motivo justificado, sofrerá os efeitos da perempção, nos termos do art. 60, III, do Código de Processo Penal.

Para que o juiz não venha a seguir com a audiência, deixando de ouvir as testemunhas arroladas pelas partes, é necessário, sempre, que do rol conste o endereço certo das testemunhas e a cláusula de imprescindibilidade. Se isso não for feito, o juiz, conjugando os princípios da celeridade com a determinação legal do não adiamento de ato não imprescindível não vai suspender a audiência.

“Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação de sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas em audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.”

Inicia-se a audiência com a realização do contraditório preambular sobre o recebimento da acusação. Como dito anteriormente, antes do recebimento da denúncia é possível a renovação da conciliação das partes e/ou oferecimento da proposta de transação penal.

Debates orais. Em face do silêncio da Lei 9.099, aplica-se o disposto no art. 538, § 2º, do Código de Processo Penal (vinte minutos para cada uma das partes).

O juiz tem a faculdade de dispensar a produção de provas que julgue excessivas, impertinentes ou protelatórias. Prova excessiva é aquela desnecessária para o deslinde da causa, pois o fato já ficou exaustivamente demonstrado. Prova impertinente é aquela que não guarda sintonia, relação com o mérito da causa. Prova protelatória é aquela que objetiva o retardamento da marcha do processo.

O objetivo é que não se permita o que se tem hoje no procedimento comum, a saber, a oitiva de testemunhas de antecedentes, de canonização. Todavia, o juiz deve ter cautela ao indeferir a produção de prova, a fim de evitar as exceções de suspeição e impedimento, previstas nos arts. 96 e 112 do Código de Processo Penal.

Quanto à sentença, o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Atos jurisdicionais que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória são atos estatais nulos. Das sentenças proferidas nos casos previstos nesta Lei cabem embargos de declaração (art. 83) sempre que houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

A sentença, em virtude dos critérios de oralidade e informalidade, pode ser dada oralmente em audiência, dela se extraindo súmula que contenha os elementos de convicção do juiz e permita às partes amplo conhecimento dos motivos, que deverão constar da fita magnética a que se referem os arts. 65, § 3º e 82, § 3º c/c o art. 81, § 2º.

Ressaltem-se os *requisitos legais da sentença* no Juizado, previstos no art. 381, III, IV e VI do Código de Processo Penal :

1. indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
2. indicação dos artigos de lei aplicados;
3. o dispositivo (conclusão), em que o juiz julga o acusado em decorrência do raciocínio lógico desenvolvido durante a motivação, indicando os artigos de lei aplicados e resolvendo as questões que as partes lhe submeteram;
4. data e assinatura do juiz.

Voltemos agora às questões da *Emendatio e Mutatio Libelli*.

A denúncia, como vimos, deve descrever perfeitamente o fato criminoso. Se nela houver erro no tocante à classificação da infração, isso não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. É que o réu se defende dos fatos imputados e não de sua equivocada classificação.

É o que dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal: "O Juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave". Essa necessidade de alteração da classificação dos fatos descritos na peça de acusação, realizada pelo juiz na sentença, recebe o nome de *Emendatio Libelli*. Não haverá a necessidade de audição das partes, já que os fatos descritos na denúncia tiveram correlação com a decisão, que apenas alterou a classificação equivocada da inicial.

Se errada a classificação dos fatos (desde que o fato emergente esteja dentro da competência do Juizado - ex: narrou-se uma contravenção classificando-a em outro dispositivo da LCP), o juiz, ao sentenciar, classificará o fato corretamente.

Mas pode o juiz, ao proferir a sentença, reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato (*não se trata de simples erro na classificação dos fatos, como vimos no exemplo anterior*). Aqui, circunstâncias elementares não se encontram contidas, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa. Urge, pois, que seja feita uma nova capitulação dos fatos, revestida de roupagem diferente da inicial. Com isso, a pena pode agravar-se, diminuir ou mesmo manter-se inalterada. Todavia, o feito não pode ser sentenciado, porquanto não existe correlação entre a denúncia e a sentença.

É que os fatos são diversos e como o acusado se defende dos fatos, nova oportunidade deve lhe ser aberta - em qualquer hipótese (seja ou não agravada a pena) - para expressar a sua defesa. Temos aqui a Mutatio Libelli.

Essa, aliás, é a regra do art. 384 do Código de Processo Penal, ou seja, não havendo a falada correlação, aplica-se o dispositivo acima: "Se o Juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas". O Ministério Público deverá aditar a denúncia e à defesa caberá a abertura de prazo para os fins já explicitados.

Outro ponto relevante é a possibilidade da aplicação, pelo juiz, na sentença, do perdão judicial. Entendo que seja pertinente quando o próprio agente é atingido de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária (art. 129, § 8º c/c o art. 121, § 5º).

"Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão."

"Art. 83. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§ 2º Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso.

§ 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício."

Segundo dispõe o art. 593 do Código de Processo Penal, a apelação é o recurso oponível contra as seguintes decisões:

1. definitivas de absolvição ou de condenação;
2. contra as decisões do Tribunal do Júri;
3. contra as decisões definitivas, se para elas não houver sido previsto o recurso em sentido estrito;
4. contra as decisões com força de definitivas, ou interlocutórias mistas, se incabível recurso em sentido estrito.

No Juizado, o único recurso cabível, segundo a Lei 9.099, afora o caso de embargos de declaração é o de apelação, em três hipóteses:

1. rejeição da denúncia;
2. rejeição da queixa;
3. contra sentença.

No art. 581, I, do Código de Processo Penal, está a previsão do recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeita a denúncia ou a queixa. Esse dispositivo não se aplica ao Juizado, como vimos acima, já que o recurso oponível é a apelação.

E o que dizer da decisão que recebe a denúncia ou a queixa, existe recurso próprio? Não, tanto no Juizado como no Juízo Comum, essa decisão é irrecurável. Caberia, em tese, ao autor do fato, a interposição do "habeas corpus" para trancar a ação penal.

A homologação da sentença de composição civil dos danos também é irrecurável.

Da sentença que homologa a transação penal cabe apelação (art. 76, § 5º).

Da sentença que encerra o procedimento sumaríssimo, dando a cada um o que é seu, cabe apelação.

E o que fazer em face das decisões proferidas no curso do processo que não encerram a relação processual com julgamento de mérito? É certo que há uma garantia constitucional de acesso ao duplo grau de jurisdição que não pode jamais ser limitada pela lei ordinária.

Sendo assim, não obstante o silêncio da Lei 9.099, penso que há possibilidade da interposição do recurso em sentido estrito nos seguintes casos:

1. contra decisão do juiz que concluir pela incompetência do Juizado (art. 581, II, CPP);
2. contra decisão do juiz que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição (art. 581, III, CPP);
3. contra decisão que decretar a prescrição ou julgar, por outro lado, extinta a punibilidade (art. 581, VIII, CPP);
4. contra decisão que *conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo* – caso especial, aplicado por analogia ao art. 581, XI, CPP;
5. contra decisão que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte (art. 581, XIII);
6. contra decisão que denegue a apelação ou que a julgue deserta (art. 581, XV).

A Turma Recursal, se vier a ser composta (caso contrário os Tribunais de Alçada serão os competentes para o exame das questões decididas em 1º grau), deverá ter, entre os julgadores com poder jurisdicional, três juízes de 1º grau, funcionando um promotor de justiça como *custos legis*.

A apelação deve ser interposta no prazo de dez dias juntamente com as

razões, sob pena de não ser conhecida por intempestiva. Os embargos de declaração serão opostos no prazo de cinco dias, não tendo os mesmos caráter infringente, isto é, não podem modificar a decisão.

Contra decisão da Turma Julgadora do Juizado existe a possibilidade da interposição de Recurso Extraordinário endereçado ao STF. É que a Constituição Federal prevê a competência do STF para julgamento de recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida, por exemplo, contrariar dispositivo daquela (vide art. 102, III, CF). Desta forma, haverá cabimento de recurso extraordinário das decisões das Turmas Recursais, desde que inexistir recurso ordinário previsto em lei.

A Turma Recursal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Sim. Temos aqui o controle difuso de constitucionalidade. A Constituição Federal permite a todo e qualquer Juiz ou Tribunal realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com os comandos legais que daquela promanam, isso porque é princípio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E, ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o Juiz ou Tribunal deve aplicar essa última, por ser superior a qualquer lei ordinária emanada do Poder Legislativo.

Finalmente, em casos de mandado de segurança ou de *habeas corpus* manejados pelas partes contra atos decisórios do juiz especial (1º grau), a competência para o seu julgamento será do Tribunal e não das Turmas Recursais do próprio Juizado, já que sua competência é taxativa (decidem-se as matérias ventiladas nos recursos). Além do mais, o mandado de segurança e o *habeas corpus*, conquanto possam desconstituir o *decisum* de 1ª Instância, não são considerados recursos na acepção da palavra.

“Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.”

“Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.”

“Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa, cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.”

“Art. 87. Nos casos de homologação do acordo civil e aplicação de pena restritiva

de direitos ou multa (arts. 74 e 76, § 4º), as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.”

A pena de multa consiste na obrigação do sentenciado em pagar ao Estado certa quantia. A sua natureza jurídica é, pois, de sanção penal e não tributária. O próprio Código Tributário Nacional declara, em seu art. 3º, que a prestação compulsória advinda de “sanção de ato ilícito” não é tributo. Daí se percebe que a legitimidade para cobrá-la não é do Procurador da Fazenda, mas sim do titular da ação penal pública, do Ministério Público.

Por isso, em caso de não pagamento da pena pecuniária, pela redação do art. 164 da LEP, deve ser feito o seguinte: extrai-se certidão da sentença condenatória que vale como título executivo judicial. O Ministério Público, em autos apartados, requererá a citação do condenado para, no prazo máximo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. Se não pagar, a penhora é feita como forma de garantir a execução (rito do art. 652 e segs. do CPC). Se a penhora recair sobre bens imóveis, manda o art. 165 da LEP que os autos sejam remetidos ao Juízo Cível para o prosseguimento da execução. Se a penhora recair sobre outros bens, pela regra do § 2º do art. 164 da LEP, a execução corre no próprio Juizado.

O parcelamento do pagamento da multa, conforme reza o art. 169, *caput*, da LEP, pode ser solicitado pelo réu, inclusive com o desconto em folha de parte dos seus vencimentos. Valor máximo de ¼ da remuneração. Valor mínimo de 1/10 da remuneração (art. 50 do CP; art. 169 e 171 da LEP).

E a fixação da pena de multa, como se dá? 1ª etapa: calcula-se o número de dias-multa com base nos mesmos parâmetros do art. 59 – variação entre 10 e 360 dias-multa; 2ª etapa: calcula-se o valor de cada dia-multa tendo em vista a capacidade econômica do autor da infração – não pode ser inferior a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, nem superior a cinco salários mínimos vigentes ao tempo dos fatos (art. 49, § 1º, c/c 60, § 1º).

Realizado o pagamento, extingue-se a punibilidade.

A conversão da multa em prisão, antes do advento da Lei 9.268/96, era mesmo possível, desde que o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução. Na conversão, cada dia-multa correspondia a um dia de prisão, não podendo esta ser superior a um ano. Isso acabou com a referida lei, que considera a multa dívida ativa da Fazenda Pública.

A conjugação dos arts. 59 do CP e 76, III da Lei 9.099 permitem a conversão da multa em pena restritiva de direitos. O art. 86 diz que a execução

será regida pela LEP e o art. 87 permite a redução das despesas processuais.

“Art. 88. Além das hipóteses do CP e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.”

O presente dispositivo deve ser cotejado com o art. 91 ao expressar que *“nos casos em que esta lei passe a exigir a representação para a propositura da ação pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”*. Trata-se da chamada *representação especial*, de caráter transitório, mas que colhe todos os feitos em curso a partir da vigência da lei.

A lei nova que transforma um crime de ação penal pública plena em condicionada à representação, embora envolva tema de processo, é de natureza penal material, isso porque é de natureza material toda regra que trate de ampliação ou diminuição do *ius puniendi* ou do *ius punitonis*, como toda disposição que, de qualquer forma, reforce ou amplie os direitos subjetivos do réu ou do condenado.

Já as normas de cunho processual são aquelas que regulam, de modo geral, o início, o desenvolvimento e o fim do processo.

Os arts. 100, § 1º, 103 e 107, IV, todos do CP, deixam claro o conteúdo material da representação. É que a representação pode afastar o *ius puniendi* do Estado. Logo, tem caráter penal e será retroativa, até porque é mais benéfica ao acusado. Com efeito, a representação constitui condição de procedibilidade da ação penal condicionada. Sem ela, não existirá processo.

De outra banda, o âmbito de incidência do art. 90, que afasta a aplicação da Lei 9.099 dos processos penais cuja instrução já estiver iniciada, é muito evidente: *só alcança normas exclusivamente processuais*. No meu tempo de 9ª Vara Criminal, por exemplo, os processos já iniciados por lesão leve e culposa, após o oferecimento da representação especial pelas respectivas vítimas (trinta dias), não tiveram prosseguimento com a adoção do rito sumaríssimo do Juizado. Porém, as regras de direito material do Juizado foram todas aplicadas (composição civil dos danos, transação penal e suspensão do processo, além da representação).

Ainda quanto à representação, o prazo para o seu firmamento pela vítima, fora os casos que já se achavam iniciados à época em que a Lei 9.009 passou a vigorar, é de seis meses.

Há que se colocar em relevo, porquanto oportuna, a Súmula 594 do STF: “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos,

independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

§ 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.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos."

Da suspensão consensual do processo

A suspensão do processo é a maior novidade trazida pela Lei 9.099. Não está circunscrita apenas aos crimes cuja competência para o processo e julgamento esteja afeta ao Juizado. Desde que a pena mínima seja não superior a um ano, em tese, cabe a suspensão.

Cabe a suspensão nos crimes de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação. Ela é incabível quando se tratar de ação penal

privada. Cabe nas infrações de rito comum como nas de rito especial, inclusive perante as Justiças Federal, Militar e Eleitoral. Cabível ainda nos processos de competência originária.

A lei somente permite a suspensão consensual do processo, ou seja, o afastamento do processo através do *oferecimento do Ministério Público e aceitação do acusado*, homologado o acordo pelo Poder Judiciário, como forma de transação processual, e isso por expressa autorização constitucional (art. 98, I). Via de consequência, temos aqui a mitigação, a atenuação dos princípios da obrigatoriedade da ação penal, do contraditório e da ampla defesa.

Aplicam-se no Juizado, no caso específico da suspensão, os princípios da oportunidade da ação penal e da discricionariedade controlada, afastando-se o rígido princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

Em seguida, veremos as condições gerais para a suspensão do processo, também chamada de *sursis antecipado*.

1. Quanto às infrações: crimes e contravenções.
2. Quanto à titularidade: todas as infrações penais cuja ação penal seja de iniciativa pública.
3. Quanto à pena: qualquer que seja a infração penal desde que a pena privativa de liberdade, em seu mínimo legal, não seja superior a um ano. Considera-se, inclusive, a forma tentada de crime cuja pena para os casos de consumação seja superior a um ano, desde que a redução possa trazê-la ao limite indicado pela Lei 9.099 – ex: furto qualificado tentado, que pode ter a sua pena reduzida em até 2/3. Haverá, por parte do promotor oficiante, o reconhecimento antecipado do cabimento da suspensão, como se faz, atualmente, com o reconhecimento antecipado da prescrição. Faz o Ministério Público um juízo antecipatório da culpabilidade. O órgão do *Parquet* detecta a possibilidade, em tese, do cabimento da suspensão em face de causa especial de diminuição de pena que, se aplicada, traria a reprimenda para os limites do permissivo legal. É, pois, correta a antecipação do juízo de reprovabilidade, norteando-se o promotor na regra do art. 59 do CP.

Contrariando a posição do Ministério Público de Minas Gerais, respeitosamente, entendo que, mesmo em face do concurso de crimes (material, formal ou continuado), nada obsta a que o processo seja condicionalmente suspenso. O raciocínio decorre da norma estatuída no art. 119 do CP, que estabelece o seguinte: “no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”. Exclusivamente aqui, as causas

especiais de aumento de pena acima listadas, apesar da expressa cominação de sanções, não funcionarão como impeditivas do benefício. É que elas, se por expressa disposição legal, não são computadas para afastar a prescrição, por que haveriam de ser consideradas para impossibilitar a suspensão do processo?

4. Quanto à competência: embora prevista na Lei 9.099, a suspensão é disposição geral, abrangendo outras infrações mesmo que de competência do Juízo Comum ou Especial.

5. Quanto à pessoa do autor da infração: exige-se, *objetivamente*, apenas que não tenha sido irrecorrivelmente condenado pela prática de outro crime, apesar da regra do art. 89, *caput*, que sujeita o cabimento da suspensão à não-existência de processo criminal em andamento contra o arguido. É inconstitucional impedir a concessão da suspensão, *no plano objetivo*, aos casos em que exista apenas processo em andamento contra o denunciado. É necessário, para impedir o benefício, que exista condenação por outro crime com sentença passada em julgado. A condenação por contravenção não impede a suspensão. É bom que se lembre que para a concessão do *sursis* basta que o agente não seja reincidente em crime doloso. Mister também deixar claro que a reincidência só se opera quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o condenou por crime anterior (art. 63 do CP). Por fim, a reabilitação gera condições para a suspensão do processo (a reabilitação pode ser requerida a partir de dois anos do dia em que for extinta a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova do *sursis*, ou do dia em que terminar o prazo do livramento condicional). *Subjetivamente*, exige-se, quanto ao autor do fato, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a concessão do benefício por demonstrarem uma reprovabilidade não acentuada.

São condições legais impostas ao autor da infração: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O juiz poderá especificar outras condições (chamadas de "especiais"), a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Questão das mais relevantes e que vem provocando acirrados debates no meio jurídico é a atinente ao tal direito subjetivo do acusado à suspensão do art. 89.

Data venia das posições contrárias, entendo que o discutido “direito subjetivo” inexistente. Ao Ministério Público cabe exclusivamente a *persecutio criminis*. Só ele deve verificar a existência dos pressupostos da ação penal. Ele avalia os indícios probatórios a fim de verificar se a ação a ser proposta tem chance de chegar à condenação que se almeja. Enfim, temos aqui a força persecutória do Estado.

Ao mesmo passo, o art. 129, I, da Constituição Federal deixa claro que o processo penal somente pode ser deflagrado por denúncia ou por queixa, sendo a ação penal pública privativa do Ministério Público. Consagra-se o princípio do *sistema acusatório*, em que existe a *nítida separação* entre o Órgão Acusador (Ministério Público) e o Órgão Julgador (Poder Judiciário).

Logo, o titular da ação penal pública é o Ministério Público, enquanto o titular da função jurisdicional é o Poder Judiciário. Portanto, só o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode dela dispor, propondo, juntamente com a denúncia, a suspensão condicional do processo. O papel do Judiciário é o de homologá-la ou não, após expressa aceitação do acusado e de seu defensor, dentro da análise de sua legalidade.

De tudo o que foi dito o que se percebe? *Um consenso*, a partir da ação do Ministério Público. A aceitação do acusado e seu defensor é também parte essencial do acordo. Sem ela não haverá suspensão, que depende, obviamente, de um acerto entre as partes. De qualquer forma, o promotor, no caso de não formular a proposta, precisa motivar a sua decisão (art. 129, VIII, última parte, CF, c/c o art. 43, III, da Lei 8.625/93).

Usemos, para reforçar a posição até aqui advogada, mais um raciocínio extraído de um exemplo prático. Imagine-se que “João Melancia” está sendo processado por “Pedro Abobrinha” por calúnia e difamação, cuja ação penal é privada. Suponha-se que o querelado entenda que a suspensão do processo é um direito subjetivo seu, requerendo ao juiz o seu reconhecimento, não obstante o veemente protesto do querelante. Poderá o juiz concedê-la? Não, absolutamente não. Isso porque a ação penal é privativa do ofendido. Só ele pode dispor dela, seja através da renúncia, seja através do perdão, seja através da perempção. Seria um absurdo que o juiz, substituindo o querelante no pólo ativo da relação processual, perdoasse o querelado, ou renunciasse ao direito de ação, que, repito, não é dele.

Assim, se esse suposto direito fosse reconhecido em favor do acusado na ação penal pública, teríamos a mesma impropriedade acima vista, a saber, a do juiz travestido de promotor. Mais que isso, se o denunciado pode obter a

suspensão contra a vontade do promotor, por que o querelado não pode obter a mesma coisa, apesar da oposição do querelante? O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal assegura o *Princípio Da Igualdade*. Em vista disso, em respeito ao citado preceito constitucional, não há que se falar em direito subjetivo do acusado à suspensão do processo.

Qual a solução para o impasse? Se o juiz entende que o caso comporta a suspensão, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, dada a recusa do promotor em oferecê-la, resta-lhe encaminhar o feito à Procuradoria-Geral de Justiça, submetendo a decisão ministerial de 1º grau à própria autotutela do Ministério Público.

Quanto à aceitação da proposta de suspensão, ela deve ser feita pelo acusado e seu defensor, cumulativamente. Não existe vinculação do juiz à proposta, já que o Judiciário não é mero cancelador de acordos, sobretudo quando celebrados ao arpejo da lei.

Ao contrário do art. 76, aqui não há previsão de recurso. À defesa caberá sempre o remédio heróico do *habeas corpus*. E ao Ministério Público? Apesar da falta de previsão da Lei 9.099 e, menos ainda do rol do art. 581 do Código de Processo Penal, é cabível o recurso em sentido estrito, por analogia ao seu inciso XVI (ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial).

O período de prova variará de dois a quatro anos. Existe, como ocorre no sursis, a necessidade de justificação do período de prova superior ao mínimo legal.

Considera-se como causa de revogação obrigatória da suspensão o fato de o agente vir a ser processado por outro crime. Esse fato, na sistemática do *sursis*, enseja apenas a prorrogação do período de prova até o julgamento definitivo.

Sendo assim, o princípio constitucional da *presunção de inocência* afasta a revogação, seja a obrigatória, seja a facultativa, pela simples prática de nova contravenção. Deve ser aplicada, por analogia, a prorrogação do período de prova, tal como ocorre no *sursis*.

A revogação da suspensão faz reiniciar a contagem do prazo prescricional (art. 89, § 6º – causa suspensiva da prescrição).

Expirado o prazo sem revogação, cumpridas as condições acordadas, o juiz declarará extinta a punibilidade.

Destarte, a natureza jurídica da suspensão condicional do processo é instituto de despenalização, apresentando uma alternativa à jurisdição penal,

evitando-se a aplicação da pena. Tem ainda caráter de norma processual penal material, em virtude dos seus reflexos sobre a extinção da punibilidade. Com isso, o *sursis* antecipado é regido pelos princípios constitucionais da proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e da imposição da retroatividade da lei penal mais benéfica.

“Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.”

Como já tivemos oportunidade de salientar, essa regra somente se aplica em relação às normas eminentemente processuais e procedimentais, não tendo, em face do art. 5º, XL, da CF, aplicação às normas de conteúdo penal.

Isso implica a retroatividade das normas dos arts. 74, parágrafo único, 76, 88 e 89.

“Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para fazê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

O prazo, de regra, é o do art. 38 do Código de Processo Penal (seis meses). Mas, nos casos de inquéritos e processos em andamento, a vítima deverá ser intimada para oferecer representação especial, em 30 dias, sob pena de decadência. E se a vítima estiver em local incerto e não sabido? Deverá ser procurada em todos os endereços constantes dos autos. Em último caso, não se dispensará a intimação editalícia. Se não comparece, o feito ficará em cartório, aguardando o transcurso do prazo *prescricional*.

“Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.”

O CP e o Código de Processo Penal funcionam como fontes subsidiárias da Lei 9.099. Aplica-se aqui o princípio da especialidade.

“Art. 93. Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e

Criminais, sua organização, composição e competência."

Depende de lei estadual. Sem ela, os Juizados não podem ser criados pelos Tribunais de Justiça por simples força de Provimento ou de Resolução.

"Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas."

"Art. 95. Os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei."

"Art. 96. Esta Lei entra em vigor no prazo de sessenta dias após a sua publicação."

"Art. 97. Ficam revogadas a Lei 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984."

Referências Bibliográficas

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel D.; LOPES, Maurício Antônio R. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JARDIM, Afrânio S. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio E. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1996.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais – 2 Colocação do problema. – 2.1 Origens da Instituição – 2.2 Evolução do Ministério Público no Brasil – 2.3 O Ministério Público e seu atual enquadramento constitucional – 2.4 Princípios institucionais – 2.5 A atual legislação orgânica do Ministério Público – 2.6 Áreas de atuação – 2.7 Formas de atuação no processo civil – 2.8 O interesse público como fundamento da intervenção do Ministério Público – 2.9 Causas de intervenção do custos legis – 2.10 Cabimento da intervenção do Ministério Público – 2.11 Titularidade da aferição da presença de causa de intervenção do Ministério Público – 2.12 Crítica à intervenção descabida do Parquet. A jurisdição voluntária – 3 Jurisdição e administração – 3.1 Jurisdição voluntária – 3.2 A jurisdição voluntária no Código de Processo Civil e suas anomalias – 4 A tese declarativa – 4.1 Fundamentos da tese restritiva - Conclusões

1 Considerações iniciais

Ao longo deste século chegou-se a firmar a idéia de que, ao lado da jurisdição propriamente dita, algumas atividades cometidas aos órgãos judiciais, com todo seu aparato, refugiriam, por natureza, às suas típicas funções judicantes.¹

A chamada “jurisdição voluntária”, já de antiga tradição do Direito, caracterizar-se-ia, conforme entendimento que já dominou a doutrina, pelo desenvolvimento de procedimentos judiciais reveladores de uma atividade de cunho preponderantemente administrativo.

A apreciação dessa matéria já de início esbarra em antigo embate doutrinário: a determinação da verdadeira natureza jurídica da “jurisdição voluntária”. Nos dias atuais, com o perceptível declínio da teoria administrativista, a controvérsia retorna à ebulição.

¹ Assim consideradas em função da clássica noção de tripartição do poder soberano estatal. A soberania do Estado caracteriza-se pelo *poder político*, o qual “se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção de funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional”. (SILVA. Curso de direito constitucional positivo, p.109).

Disso cogitaremos adiante, porém sob a forma de mero registro expositivo, uma vez que é outro o principal escopo do estudo que ora se inicia.

2 Colocação do problema

Em verdade interessa-nos mais diretamente a abordagem de um tema específico, também controvertido, porém relativo a matéria afeta ao direito nacional, eis que atinente a nosso ordenamento processual.

O problema a ser discutido tem origem no que vem disposto no art. 1.105 do Código de Processo Civil Brasileiro.²

Nesse dispositivo legal é expressamente apontada a necessidade de intervenção do Ministério Público em *todos* os procedimentos de jurisdição voluntária disciplinados no Código de Processo Civil. Ademais – ainda segundo a expressão da lei –, a não-intervenção do *Parquet* em feitos dessa natureza é causa de nulidade.

Eis, pois, a questão que nos ocupa: *é mesmo cabida a intervenção do Ministério Público em todos os casos afetos aos procedimentos de jurisdição voluntária elencados no Código de Processo Civil Brasileiro?*

O Ministério Público mineiro recentemente voltou a discutir de modo sério e objetivo a questão da racionalização de sua intervenção no processo civil. Os primeiros frutos do reaquecido debate institucional surgiram em 10/09/01, através da RECOMENDAÇÃO Nº 01/2001 (MG de 12.09.2001), do Procurador-Geral de Justiça, editada em consideração à deliberação do Conselho Superior, na qual, entre várias outras hipóteses de dispensa da atuação coadjuvante do *Parquet*, aponta os “*procedimentos de jurisdição voluntária, em que não estão presentes as hipóteses previstas no art. 82 do Código de Processo Civil*”.

A discussão não é nova e existem nas searas doutrinária e jurisprudencial conclusões opostas a respeito do tema.

De um lado, há os defensores da *tese irrestrita* (interpretação declarativa da lei), que proclamam a necessidade de intervenção do *Parquet* em todos os procedimentos de jurisdição voluntária. Sustenta-se que ante a

² A disposição legal contém evidente atecnia: “Art. 1.105. Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público”. A impropriedade técnica deflui da menção à “citação” do MP, já que é pacífico que o chamamento à intervenção do representante do *Parquet* se faz por meio de intimação (sempre pessoal, consoante estatui o art. 236, §2º, CPC).

clareza da lei não há espaço a malabarismos interpretativos (é o velho *in claris cessat interpretatio*).

Tal clareza seria reforçada pela posição topográfica do dispositivo em questão: estando ele situado nas *disposições gerais* do Título II (dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária) do Livro IV (dos procedimentos especiais), não seria inequívoca a vontade do legislador no sentido da intervenção do Ministério Público em *todos* os procedimentos de jurisdição voluntária?

Ademais, como a princípio a lei não contém palavras inúteis, não teria sentido pretender-se a combinação do referido art. 1.105 com o art. 82 (ambos do CPC), vez que, conforme é cediço, as disposições do Livro I do Código (onde se situa o art. 82) já são aplicáveis subsidiariamente aos procedimentos especiais por força de expressa previsão legal (CPC, art. 272). Por outra: invocar-se a combinação do art. 1.105 com o art. 82 seria admitir a total inutilidade do primeiro (no que se refere ao Ministério Público) frente ao alcance do segundo, dada sua força subsidiária.

Basicamente fundada nos argumentos supra, essa corrente sustenta que deve ser *irrestrita* a interpretação do art. 1.105 em relação à intervenção do Ministério Público nos feitos de jurisdição voluntária.

Noutro pólo, temos os que entendem que, a despeito da dicção do art. 1.105 do Código de Processo Civil, nem sempre se faz necessária a intervenção do órgão ministerial nesses procedimentos.

Essa segunda proposição é a que atualmente prevalece, sendo que reforçá-la é o objetivo principal do presente estudo.

Conforme veremos mais à frente, há vários enfoques tendentes a repudiar a interpretação irrestrita do art. 1.105 citado. Ao lado dos fundamentos que comumente são invocados, procuraremos apresentar justificativas outras, sendo que o alcance de uma delas, *transbordando o âmbito da jurisdição voluntária, invade todo o campo do direito processual civil no que se refere às hipóteses interventivas ministeriais*.

Para tanto, comecemos por delinear o atual perfil do Ministério Público no processo civil pátrio.

2.1 Origens da Instituição

A dificuldade observada na delimitação conceitual da instituição do Ministério Público, mutante ao longo da História, desborda em controvérsia sobre a sua origem remota.

Mesmo sem contar com a unanimidade dos estudiosos, aponta-se que

no Egito antigo, há cerca de 4.000 anos a.C., o *magiat*, procurador do rei, exercia funções de características assemelhadas às do *Parquet* moderno. VELLANI³, *apud* MAZZILLI (1991, p. 1) faz menção a achados arqueológicos contendo, em escritos, as atribuições desse funcionário real:

I - ser a língua e os olhos do rei do país;

II - castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos;

III - acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso;

IV - ser o marido da viúva e o pai do órfão;

V - fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso;

VI - tomar parte nas instruções para descobrir a verdade.

Com olhos ainda na Antiguidade, houve quem detectasse caracteres remotos do Ministério Público no *redoudani* da Babilônia; no *éforo* de Esparta; no *tesmóteta* da Grécia; e, ainda, nas atividades, em Roma, dos *procuratores caesaris*, do *defensor societatis*, dos *curiosi*, dos *advocati fisci*.⁴

A indicação da origem mais próxima do Ministério Público, contudo, não gera maiores polémicas: a França do início do Século XIV é em geral apontada como sendo o berço da Instituição.

O Direito francês teria delineado o Ministério Público a partir da criação da figura do *procureur du roi*, encontrada na *Ordonnance* do rei Felipe IV, o Belo. O perfil do Ministério Público evoluiu juntamente com as transformações políticas daquele país: o *Parquet*,⁵ antes defensor dos interesses privados do monarca, passou a ser responsável pela tutela dos interesses da administração (defendendo os pontos de vista do governo) até que, finalmente, assumiu seu papel mais moderno, qual seja, o de

³ VELLANI, Mário. Il publico ministero nel processo. Bologna: Zanichelli, 1965, p. 15. Cf., ainda, MACHADO, 1989, p. 10; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 187.

⁴ Cf. MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 2; MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, p.10-12;

⁵ Foi nesta época, segundo TORNAGHI, *apud* MACHADO, 1989, p. 13 - 14, que passou o Ministério Público a ser alcunhado de *Parquet*: "A fim de conceder prestígio e força a seus procuradores, os reis deixaram sempre clara a independência desses em relação aos juízes. O Ministério Público constitui-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores dessa proeminência foram resguardados; membros do Ministério Público não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrado ('Parquet') em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar em pé (sendo por isso chamados 'Magistrature debout', Magistratura de pé)" (TORNAGHI, Helio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 1, p. 277 - 278).

representante da sociedade, defensor dos superiores e indisponíveis interesses de toda a coletividade.⁶

2.2 Evolução do Ministério Público no Brasil

Como não poderia ser diferente, advêm do Direito lusitano os primeiros traços do Ministério Público brasileiro.⁷

Se nas “Ordenações Manuelinas” (1521) já são esboçadas algumas daquelas que viriam a ser as típicas características do promotor de Justiça (fiscal da lei e de sua execução), na codificação portuguesa subsequente, de 1603, os contornos da Instituição passaram a ser pintados em cores mais vivas.

Vale citar, a propósito, o comentário de MACHADO (1989) sobre as disposições relativas ao *Parquet* contidas nas “Ordenações Filipinas” (1603):

“O que se percebe pelo exame desse diploma legal é que ao assim chamado ‘Promotor de Justiça da Casa de Suplicação’, nomeado pelo rei (figura disciplinada nos §§ 1º a 6º do Título XV do Livro I), era atribuído, entre outros encargos, o de ‘requerer tôdas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Ofício pertence formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa de Suplicação por acôrdo da Relação’. Era o embrião da função fiscalizatória e o assentamento do direito de acusar.”

E prossegue:

“Também o ‘Procurador dos Feitos da Coroa’ (com regulamentação no Título XII) e o ‘Procurador dos Feitos da Fazenda’ (Título XIII) exerciam funções que mais tarde viriam a ser do Ministério Público.”

⁶ Cf., a respeito, SANSEVERINO. Ministério Público e o interesse público no processo civil, p. 197.

⁷ MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 4.

Finalizando, o citado mestre paulista lembra, ainda, que:

"havia o 'Solicitador da Justiça da Casa de Suplicação' (Título XXVI) que era incumbido de visitar cadeias acompanhado pelo Promotor de Justiça (§ 3º), bem como de ser 'diligente em maneira, que por sua minguia e negligência não se dilatam os feitos da Justiça e dos presos.'"

Em termos de legislação nacional, o primeiro texto que se referiu à figura do promotor de Justiça veio editado no início do ano de 1609, e destinava-se a disciplinar a composição do Tribunal de Relação da Bahia junto ao qual funcionava um representante ministerial.⁸

Porém, conforme lembra MAZZILLI, tanto no Brasil-Colônia como no Brasil-Império, "o procurador-geral ainda centralizava o ofício, não se podendo falar propriamente de uma instituição, muito menos em qualquer garantia ou independência dos promotores públicos", já que meros agentes da administração.⁸

Com a República, CAMPOS SALLES, Ministro da Justiça no governo provisório, elaborou o Decreto nº 848, de 11/10/1890, que tratava da reforma da Justiça brasileira (sendo criada a Justiça Federal), mas que dava, ainda, o primeiro tratamento efetivamente institucional ao Ministério Público. Logo em seguida, em marcha à ré, a Constituição de 1891 manteve-se omissa em relação à Instituição, fazendo referência tão-somente à escolha do Procurador-Geral da República.

Novo avanço institucional observou-se na Constituição de 1934: foi regulamentado o ingresso na carreira ministerial e seus membros passaram a gozar de estabilidade. Na Carta de 1937, contudo, voltou-se apenas a mencionar a figura do Procurador-Geral da República como chefe do Ministério Público federal.

A esperada independência institucional viria a despontar, segundo ainda MACHADO,

"na Carta Magna de 1946, nitidamente embebida do espírito democrático. Deu-se ao Ministério Público um título especial, sem vinculação a qualquer dos poderes da República, onde se instituía o Ministério Público Federal e

⁸ Cf. MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil, p. 16. Cf., ainda, MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 6.

Estadual, suas estruturas e atribuições, a estabilidade na função, o concurso de provas e títulos, a promoção e a só remoção por representação motivada da Procuradoria-Geral."⁹

Porém, na Carta de 1967 expressou-se a subordinação do *Parquet* ao Judiciário; sendo que, logo após, à luz do Texto de 1969, passou a Instituição a integrar a estrutura do Poder Executivo.

O grande marco do avanço institucional foi a edição da Lei Complementar 40/81 (prevista e autorizada pela Emenda nº 7/77). Nesse estatuto orgânico foi traçado o perfil da Instituição: tratou-se da carreira, órgãos e atribuições; bem como vantagens, garantias, vedações e disciplina de seus membros.

Também foram cometidas importantes atribuições ao *Parquet* através da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), a qual lhe outorgou a curatela de interesses difusos por meio de instauração de inquéritos civis e ajuizamento de ações para proteção ao meio ambiente, consumidor, direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

2.3 O Ministério Público e seu atual enquadramento constitucional

Em relação ao Ministério Público, a atual Constituição da República, além de firmar os principais contornos da Instituição (notadamente no que tange à sua finalidade, princípios,¹⁰ estrutura e funções), teve o mérito de conferir-lhe autonomia,¹¹ desvinculando o *Parquet* dos demais entes organizados detentores de parcela do poder estatal.

Diante da tradicional noção tripartida do poder estatal, muito se questionou, ante o novo modelo constitucional, acerca do atual enquadramento do Ministério Público. A qual dos "três poderes" estaria o *Parquet* vinculado? Ou então, tendo em consideração sua independência expressa na Constituição Federal de 1988, constituiria ele um "quarto" poder?

⁹ MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil, p.19.

¹⁰ Expressou-se no Texto Constitucional que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§ 1º, art. 127).

¹¹ Dispõe o § 3º do art. 127, CF/88: "Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento."

Para responder a essas indagações, mister tenha-se a noção do que realmente significa o poder estatal, bem como a maneira pela qual ele se manifesta.

Ao nosso sentir – cabe inicialmente registrar –, em vez de se falar em *poderes do Estado*, deve ser sempre preferida a noção de *repartição* (ou *distribuição*) do *poder estatal*.

É que, como se sabe, o poder estatal é substancialmente *uno*. Por conta disso, os “poderes” jurisdicional, administrativo e legislativo devem ser tidos como expressões, manifestações, do poder estatal *uno*. Se de um lado é rígida e inarredável a análise do poder estatal em sua *essência*, já que sempre se terá em mira sua unidade; de outro, a *divisão formal* desse poder é mutável, sujeita a alterações, até porque a clássica noção de *separação dos poderes* vem, paulatinamente, cedendo lugar à idéia de *cooperação entre os órgãos detentores de poder*.¹²

Por outra: do ponto de vista ontológico as referidas *expressões de poder* não podem ser distinguidas, eis que emanadas de um único poder, aquele que caracteriza a soberania estatal e que, na definição de SILVA, A. (1997), consiste numa “*energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinado fim*”.

Dai por que BURLE FILHO, citado por MIRABETE (1991, p. 314) preferiu assim definir o atual enquadramento constitucional do *Parquet*:

“*pode-se concluir que o Ministério Público faz parte do Poder Estatal que, como se viu, é UNO, sem contudo, ligar-se a qualquer um dos três Poderes Públicos, dada a posição adotada pela Constituição de 1988, que o alçou de vez e em última instância, como função independente. A Carta Magna assim quis e determinou, por vislumbrar, como já o faziam diversos publicistas, que o Ministério Público exerce a defesa ‘não do Estado, mas da sociedade’ (Geraldo Ataliba). Quer*

¹² Cf., a respeito, SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p.110; MALUF, Teoria geral do Estado, p.221-222.

dizer, o Ministério Público exerce função independente que não pode, nem deve e não está inserida em quaisquer das funções essenciais e relevantes, exercitadas pelo Judiciário, Legislativo e Executivo."¹³

Na esteira do raciocínio de BURLE FILHO, é lícito afirmar-se que a parcela de poder soberano cometida ao *Parquet* advém de sua origem mais pura, de sua fonte primária, qual seja, a própria sociedade que alicerça a formação da figura denominada *Estado*. Tem-se, destarte, que o agora reforçado perfil de *custos societatis* do Ministério Público, ao tempo em que o insere finalisticamente no seio da sociedade civil, distancia a Instituição dos demais entes políticos, os quais manifestam a vontade e o poder estatais. Ou seja: o Ministério Público deve ser visto como um dos veículos hábeis à concretização direta da vontade da própria sociedade (que não coincide necessariamente com a vontade do Estado).

Noutro giro, a definição contida no art. 127 da Constituição Federal de 1988, mais do que apenas assegurar a evolução conceitual positivada na Lei Complementar n. 40 de 1981,¹⁴ presta-se a bloquear ímpetus da legislação infraconstitucional tendentes a desviar ou alijar o *Parquet* de sua real finalidade.

"O Ministério Público [conceitua o caput do art. 127 da CF] 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."

¹³ BURLE FILHO, José Emmanuel. MP e sua posição institucional, *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jun. 1989, p. 28. Também MACHADO (1989, p. 37), detectando a atual ausência de subordinação do *Parquet* em relação aos demais órgãos estatais, aplaude a opção do constituinte: "É que, da mesma forma como o Ministério Público não deve estar preso ao Executivo, cujas ingerências podem comprometer o bom desempenho de suas atribuições, também não é lógico que se vincule ao Judiciário, uma vez que a defesa eficiente dos interesses indisponíveis da sociedade perante este se subordina, de igual modo, à preservação da sua independência no que concerne à propositura de ações e intervenções em processos instaurados inter alios. Tão séria sempre foi considerada a necessidade de insujeição do *Parquet* ao Executivo ou ao Judiciário, no Brasil, que Alfredo Valadão, há algumas décadas, chegou mesmo a afirmar que se Montesquieu tivesse escrito hoje *O espírito das leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a divisão de poderes..."

¹⁴ O art. 1º da Lei Complementar n. 40, de 14/12/81, estatuto de conteúdo orgânico, já definia assim o *Parquet*: "O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta Lei Complementar."

Dessa forma, tendo sido a finalidade do *Parquet* (defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis) posta em nível constitucional, as chamadas funções anômalas,¹⁵ antes conferidas à Instituição, não mais devem sobreviver, visto não serem recepcionadas pela Carta de 1988,¹⁶ do avesso, padecerá do vício da inconstitucionalidade qualquer cometimento legal incompatível com as suas funções constitucionalmente balizadas (v. CF/88, art. 129, XI).

2.4 Princípios institucionais

Como visto, a *unidade, indivisibilidade e a independência funcional* são princípios que regem o Ministério Público expressamente prescritos no Texto Constitucional.

Por *unidade* deve-se entender que os membros da Instituição formam uma única corporação, sob uma só chefia. Ou, como diz CARNEIRO (1990):

¹⁵ É da doutrina de CARNEIRO (1990) que "Ao lado das funções típicas que o MP exerce como parte principal e custos legis, existiam, antes da vigência da nova Constituição, determinadas funções que, pela sua relevância, a lei resolveu cometer também ao MP. Tais funções eram consideradas atípicas na medida em que não enquadráveis em nenhuma das macrodestinações do *parquet*, previstas nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar Federal nº 40/81, e ainda por determinarem a atuação do órgão do MP em defesa sempre, necessariamente, do substituído, no caso de atuação como substituto processual ou daquelas partes relativas às quais o MP patrocina, como advogado, a defesa. Como substituto processual tínhamos a atuação do MP na promoção da ação civil ex delicto e na hipótese prevista no art. 9º, n.ºs I, II e III do CPC, substituição processual do incapaz, do revel ficto e do réu preso, enquanto sua atuação como representante judicial se dava: na defesa dos interesses da União, nos casos do art. 95, §2º, da Constituição Federal de 1967 e 1.212 do CPC; na defesa dos interesses dos necessitados (art. 22, XIII, da Lei Complementar Federal 40/81). Em qualquer das hipóteses, o MP não podia opinar contra os interesses da pessoa que substituíra processualmente ou da que patrocinava a defesa, ainda que verificasse no curso do processo que elas não tinham razão. Vedado lhe era, em qualquer hipótese, error in procedendo ou error in iudicando, recorrer de sentença contra os direitos do substituído ou representado. Na verdade, nestas hipóteses, o MP não exercia função institucional e sim anômala e substitutiva de funções que caberiam a outros órgãos. Assim, quando patrocinava a defesa de direitos patrimoniais da União, estava exercendo atividade substitutiva dos advogados da União; do mesmo modo, quando patrocinava a defesa dos necessitados, exercia atividade substitutiva dos Defensores Públicos, bem como nas hipóteses de ação para reparação de dano ex delicto e da curadoria especial prevista no art. 9º do CPC".

¹⁶ Podendo, entretanto, assumir outras funções não tradicionais, desde que compatíveis com suas macrodestinações.

"quando um membro do Parquet atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público ... isto é, não é possível dissociar o órgão da instituição: aquele faz esta atuar. Assim como não se pode dissociar o membro do órgão, aquele é parte integrante deste; juntos formam um só todo".¹⁷

O princípio da *indivisibilidade*, reflexo da unidade institucional, significa que o atuar do *Parquet* não se fragmenta em razão de eventual substituição de um membro por outro em determinada atividade ou função.

Segundo o entendimento de alguns, a partir da conjugação desses dois princípios seria possível ao chefe da instituição, com base em seu poder hierárquico-administrativo, avocar as funções de quaisquer de seus membros, ou entre eles promover indiscriminadas substituições.¹⁸ Trata-se, contudo, de visão míope, fundada em mera (e descabida) transposição de regras administrativistas ao âmbito da instituição ministerial.

Em verdade, os poderes da chefia no que tange ao exercício das funções institucionais não são ilimitados: esbarram no princípio constitucional da *independência funcional*.¹⁹

A questão é posta com absoluta correção por CARNEIRO:

"Os princípios administrativos [...] são próprios de entes administrativos hierarquizados funcional e administrativamente a outro órgão ou poder. Não se pode, nem se deve, transplantar princípios

¹⁷ CARNEIRO. O Ministério Público no processo civil e penal, p. 46. Cf., ainda, MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 48.

¹⁸ Nesse sentido, ALVIM, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. 1. p. 301, *apud* MACHADO (1989, p. 41); ainda, FERREIRA, Sergio de Andrea. Princípios institucionais do Ministério Público. 2. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 1983, p. 28 e PALMA, Enos da Costa. Programa de princípios institucionais do Ministério Público. [s. l.]: liber juris, 1986, p. 69, citados por CARNEIRO (1990, p. 49).

¹⁹ A independência funcional em sentido amplo, pode ser vista sob duplo aspecto: sob a ótica da Instituição, deve ser entendida como sua insujeição (desvinculação) a qualquer outra expressão do Poder Estatal (defluente da *autonomia funcional*, prevista no §2º, art. 127, CF/88); do ponto de vista intra-institucional, significa que os membros da instituição podem e devem atuar livremente, de acordo apenas com a sua consciência jurídica e os ditames da lei, recebendo as posturas funcionais eventualmente apontadas pelos órgãos superiores da Instituição apenas em seu caráter recomendatório.

administrativos próprios de determinados órgãos, a grande maioria certamente, para outros de natureza totalmente diversa e especial, como é o Ministério Público.”²⁰

Daí a conclusão de MAZZILLI:

“Em face das peculiaridades de nosso Ministério Público, hierarquia, portanto, só se concebe num sentido administrativo, pela natural chefia exercida na instituição pelo seu procurador-geral (poderes de designação na forma da lei, disciplina funcional, solução de conflitos de atribuição, etc.). Não se pode cogitar, porém, de hierarquia no sentido funcional.”²¹
(Grifamos)

Ademais, a garantia constitucional da *inamovibilidade* estendida aos membros do Ministério Público reforça a idéia de ausência de hierarquia funcional no âmbito do *Parquet*.

Mais que isso: se a independência funcional dos agentes ministeriais é afirmada por sua inamovibilidade, é de se admitir, como corolário, o acolhimento em sede constitucional da chamada teoria do *promotor natural*.

O princípio do *promotor natural* – esclarece CARNEIRO –

“é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do parquet e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o Ministério Público atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros.”²²

²⁰ CARNEIRO. O Ministério Público no processo civil e penal, p. 49-50.

²¹ MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 47.

²² CARNEIRO. O Ministério Público no processo civil e penal, p. 52-53.

Delineados, agora em sede constitucional, os principais contornos da Instituição, restou à legislação infraconstitucional tão-somente o detalhamento estrutural e orgânico das entidades ministeriais.

2.5 A atual legislação orgânica do Ministério Público

O art. 128 da Constituição Federal 1988 estatui que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União (composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e os Ministérios Públicos estaduais.

Após disciplinar a forma de provimento de suas respectivas chefias, o legislador constituinte cometeu às leis complementares da União e dos Estados o estabelecimento da organização, atribuições e estatuto de cada Ministério Público (§5º, art. 128).

Cada um dos Ministérios Públicos estaduais deve ter sua própria lei orgânica, com natureza e forma de lei complementar estadual.²³ Com relação a eles, adveio a Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que constitui a "Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados".

Em relação ao Ministério Público da União, seu diploma orgânico é a Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993.

2.6 Áreas de atuação

Para promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos indisponíveis, o Ministério Público desenvolve atividades extrajudiciais e judiciais.

Extrajudicialmente, atua o *Parquet* – sempre que presente o interesse público – tanto na área criminal como na esfera não criminal.

Na esfera extrajudicial criminal é responsável, por exemplo, pelo controle externo da atividade policial; desenvolve ações atinentes ao sistema penitenciário; em certos casos, promove e preside procedimentos investigatórios; entre outras atividades.

²³ No Estado de Minas Gerais a Lei Complementar estadual nº 34/94 constitui a Lei Orgânica do *Parquet* mineiro.

Na área extrajudicial não criminal faz-se o *Parquet* presente nos atos de criação, registro e fiscalização de fundações; em procedimentos preliminares investigatórios de paternidade; na aprovação de acordos extrajudiciais; no campo administrativo eleitoral.

E o mais importante: compete ao Ministério Público, ainda no campo extrajudicial, a instauração de procedimentos e inquéritos civis relativos a questões de meio ambiente, urbanismo, consumidor, patrimônio público, ordem econômica e tributária, saúde, criança e adolescente, idoso, deficiente físico, enfim, todas as áreas de sensibilidade social nas quais se faça presente o interesse coletivo. Para bem se desincumbir desses misteres, deve o *Parquet* assumir o papel que, em face do seu atual perfil constitucional e nível de credibilidade, cai-lhe naturalmente: o de agente catalisador de toda atividade técnica dos diversos órgãos do setor público que detenham ou não poder de polícia, coordenando atuações conjuntas, otimizando seus resultados.

Em seara judicial, no âmbito criminal, tem o Ministério Público a titularidade exclusiva das ações penais públicas, promovendo a persecução em juízo dos autores de crimes e contravenções penais.

Já no processo civil, a atuação do *Parquet* – seja como órgão agente ou interveniente – se verificará em incontáveis hipóteses, visto que obrigatória sempre que se tenha em jogo o interesse público (interesses sociais e individuais indisponíveis).

2.7 Formas de atuação no processo civil

O Ministério Público, no âmbito da jurisdição civil, poderá assumir, em linhas gerais, a posição de parte (órgão agente) ou de fiscal da lei (órgão interveniente).

Ao provocar a iniciativa do Poder Judiciário, costuma-se dividir a posição do Ministério Público, como órgão agente, em dois grupos: parte *pro populo* (quando age em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais); substituto processual (quando atua em prol de interesses individuais indisponíveis).²⁴

²⁴ Veja-se, neste sentido, PORTO (1998, p. 25.) Em face do seu atual perfil constitucional, não aceitamos com tranquilidade a idéia de atuar o *Parquet* como substituto processual. Com efeito, temos que a legitimação ministerial para provocar a tutela jurisdicional em questões de interesse individual indisponível, tem por fonte o próprio interesse público (subjacente a qualquer direito indisponível). Tão logo retirado o Judiciário de seu estado de inércia, o MP manterá em evidência seu caráter de fiscal e zelador, não ficando vinculado à defesa de um hipotético direito que, com o processo, aperceba-se inexistir. Daí porque atividades desses jaezes (ajuizamento de ações que versem sobre interesses individuais indisponíveis), devem preferentemente ser cometidas aos órgãos efetivamente vocacionados para tanto (como as defensorias públicas).

Na qualidade de *fiscal da lei* dar-se-á a intervenção ministerial sempre que a causa posta em Juízo envolver direitos indisponíveis, estando em discussão, pois, assuntos de interesse público.

2.8 O interesse público como fundamento da intervenção do Ministério Público

A ordem jurídica, o regime democrático, o interesse social e o interesse individual indisponível a serem defendidos pelo Ministério Público (conforme sua finalidade constitucional) são formas de expressão do *interesse público*. Este, portanto, o verdadeiro alicerce da atuação ministerial.

Ocorre que não é fácil a tarefa de se definir o que seja o interesse público.

Sobre isso, muito bem o disse JOÃO CÂNCIO DE MELLO JÚNIOR: *"O conceito de interesse público pertence à classe dos conceitos abertos e indeterminados e como tal deverá ser interpretado conforme a Constituição e os eventos da vida"*.

E complementa o ilustre membro do *Parquet* mineiro:

"Por interesse público entende-se aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas pela sociedade, e por isso mesmo noção variável e historicamente flexível. Sua noção, definição e extensão, carrega-se de forte conteúdo político, e como todo conceito jurídico, variável no tempo e no espaço".²⁵

Também para SANSEVERINO,

"Não é fácil definir o que seja interesse público, devido não só à multiplicidade de aspectos pelos quais pode ser enfocada, como, particularmente, pela natural equivocidade de seu conceito. [...] Pode-se dizer, no entanto, em termos simples,

²⁵ MELLO JÚNIOR. O conceito polêmico de interesse público.

porém, não definitivos, que interesse público é pertinente a toda sociedade, personificada no Estado. É o interesse à preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é assim o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E, por ser de todos, não é de ninguém. Por ele deve velar, conseqüentemente, o Ministério Público."²⁶

Assim é que a presença do interesse público, por vezes, é muito mais facilmente *percebida sensitivamente* (por meio da inteligência jurídica, social e política do agente aferidor) do que *definida concretamente*.

Cabe ainda registrar que, consoante a distinção – ainda muito em voga – difundida por ALESSI, o interesse público em sentido amplo engloba o interesse público primário (interesse do bem geral) e o interesse público secundário (interesse público visto sob a ótica da Administração).²⁷

2.9 Causas de intervenção do *custos legis*

A presença do interesse público a exigir a intervenção do órgão ministerial em determinadas circunstâncias pode ser presumida pela própria lei.

Reitere-se, por oportuno, que a legislação infraconstitucional deve sempre guardar harmonia com o perfil e finalidade constitucionalmente delineados ao *Parquet*. Isto é: a exigência de intervenção ministerial pelo legislador não pode ser dissociada dos parâmetros mínimos e básicos traçados na Carta Maior.

Veja-se, pois, que o legislador processual civil elencou de maneira casuística, através dos incisos I e II do art. 82 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, algumas das hipóteses em que entendeu necessária a intervenção do Ministério Público, a saber: causas em que haja interesses de incapazes; e

²⁶ SANSEVERINO. Ministério Público e o interesse público no processo civil, p. 203-204.

²⁷ ALESSI, apud MAZZILLI. 1992. O zelo do *Parquet*, portanto, deve incidir sobre o interesse público primário.

as concernentes ao estado da pessoa, pátrio-poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade.

Além dessas, acrescente-se hipótese posteriormente inserida na primeira parte do inciso III do mesmo artigo: deverá intervir o Ministério Público nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural.

Porém, ao contrário das demais, a parte final do inciso III consagra causa genérica: intervirá o Ministério Público em todas as causas em que o interesse público seja evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

É óbvio que a generalidade que se extrai desse inciso III já englobaria, grosso modo, as causas especificadamente arroladas nos incisos anteriores. Mas essa generalidade não pode mesmo ser evitada: é impossível ao legislador listar todas as causas e casos em que se faça presente o interesse público.

O problema a se enfrentar diz respeito, pois, à aferição²⁸ da presença do interesse público a legitimar a intervenção ministerial nas hipóteses não casuísticas e concretamente lembradas pela lei.

Dada a complexidade de tal aferição, chegou-se a sustentar que a intervenção do Ministério Público, nos casos amoldáveis a esse inciso III, seria *facultativa*, não-gerando por isso qualquer nulidade a ausência do *Parquet* nos feitos respectivos.

²⁸ Conforme veremos mais detalhadamente logo adiante, a aferição do cabimento ou não da intervenção do MP, como fiscal da lei, em determinado feito judicial deve, em linhas gerais, assim se desenvolver: num primeiro passo, cabe ser cogitada pela parte (CPC, art. 84); após, cumpre seja analisada pelo órgão judicial; e, em seguida - e agora definitivamente - pelo próprio órgão do MP. Havendo dissenso entre o órgão do MP e o Juiz, duas situações, basicamente, podem ocorrer: a) o MP, tomando conhecimento do trâmite de uma causa que entenda cabido seu ingresso, peticiona ao juízo para tal fim. Não deveria o Juiz, como veremos, repelir a pretendida intervenção ministerial, mas se o fizer, resta ao órgão do *Parquet* o manejo de recurso de agravo de instrumento; b) no caso do magistrado entender cabida a intervenção do representante do *Parquet* e este, entretanto, tê-la por desnecessária (as razões do descabimento de sua intervenção devem ser fundamentadamente expostas pelo representante do MP), fica afastada a atuação ministerial (como também a possibilidade de anulação do feito pela ausência do Ministério Público), já que a tanto não pode ser seu representante compelido, posto ser funcionalmente independente. Nestas hipóteses, tem-se sustentado a possibilidade de utilização analógica do mecanismo previsto no art. 28 do Código de Processo Penal, invocando-se a análise do procurador-geral de justiça. Ainda assim prevalecerá, de qualquer forma, a deliberação tomada no âmbito ministerial. Confira-se, a respeito, MAZZILLI. *Manual do promotor de justiça*, p. 537/538; ainda, MACHADO. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 386-392.

Trata-se, segundo pensamos, de equívoco palmar.

2.10 Cabimento da intervenção

Mesmo que já não sejam tantos, é de se registrar a existência de juristas – e por conta disso alguns julgados – que ainda advogam a tese da *facultatividade* da intervenção do Ministério Público em se tratando das hipóteses do inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil.

BARBI (1991), nessa linha, ao comentar o referido dispositivo legal, alegando a imprecisão do conceito de interesse público, conclui que, “para tornar aplicável a norma do inciso, parece que a solução será considerar essa disposição como simples *faculdade* do Ministério Público de participar de causas em que, a seu juízo, haja interesse público”.²⁹

Essa postura é irrepreensivelmente rechaçada por MACHADO:

*“...não concordamos com a facultatividade que parte da doutrina e da jurisprudência vêm na intervenção fundada no inc. III do art. 82. Se a função institucional do Ministério Público é a defesa da indisponibilidade [...] presente esta, necessariamente intervirá o órgão do parquet. Não importa quão áridos sejam os critérios interpretativos para a verificação do interesse público ou indisponibilidade com base no inc. III; ou o Ministério Público atua porque há interesse indisponível em jogo ou não atua porque não há. O que não nos parece razoável, em hipótese alguma, é o estabelecimento de um meio-termo (a facultatividade) para aqueles casos em que exista dúvida quanto ao alcance da previsão, como acontece no art. 82, III.”*³⁰

A tese da facultatividade da intervenção do *Parquet*, qualquer que seja a hipótese, efetivamente não pode prevalecer.

A raiz do erro de seus seguidores está em confundir num só momento duas operações distintas.

²⁹ BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 230.

³⁰ MACHADO. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 119-120. Ainda a respeito, veja-se BRANCO. Aspectos da intervenção do Ministério Público nas causas de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

A primeira consiste na aferição — por quem de direito³¹ — da presença ou não de interesse público na causa em análise. Superada a “fase” de aferição, detectada a presença — ainda que potencial — do interesse público, necessária será a intervenção ministerial; ao contrário, não se vislumbrando o interesse público, não terá cabimento a atuação do *Parquet*.

Foi nesse mesmo sentido a conclusão de SANSEVERINO: *“Resumindo: a intervenção do Ministério Público é sempre obrigatória, desde que determinada, previamente, a existência de interesse público a resguardar. A intervenção é, assim, um posterior, que supõe, necessariamente, um prius: o juízo de valor em torno da presença ou ausência do interesse público.”*³²

Problemas podem surgir justamente na aferição da presença ou não do interesse público, notadamente nas hipóteses em que tal juízo de valor não foi preconcebido pelo legislador.

Nessas hipóteses, a primeira questão que surge é a seguinte: a quem cabe a aferição da presença do interesse público a legitimar a intervenção ministerial?

2.11 Titularidade da aferição da presença de causa de intervenção do Ministério Público

Em minucioso estudo sobre a definição da titularidade da aferição da presença de interesse público a exigir a intervenção ministerial, MACHADO, invocando a teoria geral da intervenção de terceiros, conclui que também a intervenção do Ministério Público deve ser submetida ao controle judicial. Tal poder de controle, contudo, não excluiria o poder de verificação, pelo Ministério Público, da ocorrência do interesse público.³³

Sendo exclusiva a titularidade definitiva de aferição por qualquer órgão, ou admitida a pretendida duplicidade de titulares desse poder-dever, nenhum problema ocorrerá quando ambos os órgãos (Judiciário e *Parquet*), num caso concreto, entenderem convergentemente sobre a necessidade ou não da intervenção ministerial.

No caso de divergência, duas situações concretas podem surgir: a primeira, quando somente o juiz entender presente causa interventiva; a segunda, quando somente o representante do Ministério Público vislumbrar

³¹ Sobre o titular da aferição, veja-se o item 2.11, *infra*.

³² SANSEVERINO. Ministério Público e o interesse público no processo civil, p. 207.

³³ MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, p. 386-387.

a presença de interesse público no feito.

Na primeira hipótese prevalece tranquilamente o entendimento segundo o qual – em respeito à independência funcional do *Parquet* – não pode o Judiciário impor a efetiva participação ministerial no processo (ficando afastada a possibilidade de decretação de nulidade fundada nessa não-intervenção).³⁴

Havendo recusa pelo órgão ministerial originário, tem sido admitida a utilização, por analogia, do mecanismo do art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro.³⁵ Ainda assim a última palavra sobre a questão fica dentro do âmbito ministerial, eis que ditada pelo Procurador-Geral de Justiça.³⁶

Mais interessante é focar o tema sobre a segunda hipótese (de ocorrência prática mais rara): o Ministério Público, vislumbrando presença de interesse público em determinado feito para o qual não foi chamado a intervir, requer seu ingresso, o que é negado pelo Judiciário (ao fundamento da inexistência de razão para a pretendida intervenção).

Em tais circunstâncias MACHADO entende que a palavra final deva ser do órgão jurisdicional, visto que é ele o *dominus processus*. Caber-lhe-ia, assim, decidir acerca dessa intervenção, a exemplo do que ocorre com a intervenção de terceiros em geral.³⁷

Não concordamos, *data venia*, com tal solução.

É que, em verdade, não há “duplicidade” na titularidade definitiva da aferição da presença do interesse público. O que ocorre é que não só o

³⁴ Estribado na melhor doutrina e jurisprudência, MAZZILLI (1991) revela que “Intimado o órgão ministerial a intervir, como já temos visto, é lícito recusar-se a fazê-lo, quando entenda descabido. Não haverá risco de nulidade em se tomando certas cautelas: intimado o órgão, ainda que não oficie, obvia-se a nulidade, pois não há como o Poder Judiciário obrigar o órgão ministerial a intervir, se entender este de não o fazer, não raro sendo sua recusa ratificada, eventualmente, pelo procurador-geral (cf. CPC, arts. 84 e 246; v., ainda, Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1977, t. 16, p. 19; no mesmo sentido, v. Agl 199.369-8-SP, 7ª Câm. do 2º TACSP, Rel. Bóris Kauffmann; Agl 199.370-)-SP, 8ª Câm. do 2º TACSP, v. u., Rel. Freitas Camargo; RT, 572:53; RTJ, 110:310 - STF; RJTJSP, 78:166 e 93:179)” (p. 537).

³⁵ In verbis: “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peça de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

³⁶ SANSEVERINO. Ministério Público e o interesse público no processo civil, p. 203-204.

³⁷ MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro.

órgão julgador, mas a própria parte (CPC, art. 84), vislumbrando na causa a possibilidade da presença de interesse público - sem qualquer juízo definitivo sobre isso -, convoca seu zelador (do interesse público) constitucionalmente instituído - o Ministério Público -, que, após sua definitiva e válida análise, constatará ou não fundamento à sua intervenção e, por conseguinte, intervirá ou não naquele processado.

É necessário salientar que as intervenções de terceiros (outros) submetem-se, à semelhança do próprio direito de ação, ao controle judicial sobre a presença ou não de certas condições que habilitem tais exercícios (legitimidade, possibilidade jurídica, interesse).

No caso do Ministério Público, sua vocação no sentido protetivo ao interesse público, reitere-se, *tem natureza constitucional*. Trata-se, agora, de uma parcela do poder uno estatal cometida a órgão autônomo e independente, a exemplo daquelas conferidas aos órgãos jurisdicional, administrativo e legislativo. O legítimo interesse interventivo do Ministério Público (que não se confunde com o interesse público bailado em Juízo), passa a ser presumidamente existente pelo só fato de haver indicação nessa direção pelo titular do poder-dever da tutela ao interesse público (isto é, o próprio órgão ministerial). Ou seja, a independência funcional, desde que alçada ao âmbito constitucional, deve ser respeitada tanto na circunstância *negativa* (recusa à intervenção) quanto na *positiva* (pretensão de ingresso).³⁸

Em outras palavras: partindo-se da premissa de que a intervenção do representante do Ministério Público nunca é facultativa, da mesma forma que não pode o Judiciário, entendendo necessária a manifestação ministerial, compeli-lo a *efetivamente* ofertá-la (sob pena de afronta à sua independência funcional constitucionalmente delineada), não cabe ao Juiz afastar a

³⁸ Também MAZZILLI (1991, p. 426) vê como sendo do *Parquet*, sempre, a titularidade da aferição da necessidade ou não de sua intervenção: "*Entretanto, pode ocorrer que o Ministério Público, tomando conhecimento da existência do procedimento, resolva nele intervir, sustentando sua própria legitimidade. Melhor meditando sobre a questão, convencemo-nos de que não é próprio que o órgão judicial afaste a intervenção ministerial, pois, nessa hipótese, 'acabaria sendo feita pelo próprio Magistrado a valoração discricionária relativa à presença do interesse público', bem o diz Antônio Celso de Camargo Ferraz (A Intervenção do Ministério Público em favor do interesse público, Reuniões de estudos de direito processual civil, São Paulo, PGJ/APMP, 1984), que, citando Zanzucchi, lembra que tal conclusão 'se tija simplesmente ao caráter genérico do Ministério Público de ser representante e tutor do interesse público e não cabe pensar em um requisito particular sujeito ao controle do juiz. Opera aqui a discricionariedade de avaliação por parte do próprio Ministério Público'.*"

intervenção reclamada, desde que entendida necessária pelo Ministério Público.³⁹

O único parâmetro restritivo a esse juízo definitivo e *discrecionário* titularizado pelo Ministério Público é aquele utilizado ao controle de qualquer atuação não vinculada: o respeito ao *princípio da razoabilidade*. Assim, somente pretensões aberrantes, teratológicas, de ingresso do *Parquet* em processos em trâmite poderiam ser fundamentadamente repelidas pelo órgão julgador. E ainda assim por meio de decisão sujeita ao controle recursal.

Sensíveis a tais fundamentos, mais e mais juristas aderem à tese da titularidade pelo Ministério Público da aferição definitiva da presença de interesse público nos casos concretamente postos em Juízo.⁴⁰

A propósito do tema, vale rematar com a lúcida exposição de TOURINHO FILHO (1989):

"Somente num caso concreto é que se pode avaliar, aferir, pela natureza da demanda ou pela qualidade da parte, se há, ou não, um interesse público em jogo. Desse modo, concluímos que o inc. III do art. 82 se refere não só às outras causas previstas em lei (mandado de segurança, alimentos, etc.), como também àquelas de difícil previsão específica.

Num primeiro caso (incs. I e II), sua intervenção é obrigatória (...compete ao Ministério Público...). E o é porque a lei a considera.

No segundo, há uma particularidade. É o punctum pruriens da questão. A intervenção continua obrigatória, mas a obrigatoriedade está subordinada, condicionada a um exame prévio, qual o da aferição da existência ou não de interesse público. Há, pois, imperiosa necessidade dessa avaliação. Vislumbrando

³⁹ Neste sentido é o "Enunciado Cível nº 3" do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: "Ocorrência de interesse público a justificar a intervenção ministerial nos feitos cíveis - a decisão sobre a ocorrência do interesse público cabe ao próprio Ministério Público e não ao Judiciário. Impossibilidade de fixação a priori de todas as causas nas quais ocorre o interesse público. Necessidade de análise do caso concreto. No âmbito do Parquet, cabe à Câmara, nos casos de dúvida do Órgão oficiante, determinar a ocorrência do interesse público..."

⁴⁰ Nesse sentido, v. g., ALVIM. *Manual de direito processual civil*, p. 322; confira-se, ainda, comentando a posição de vários, SILVA; GOMES. *Teoria geral do processo civil*, p. 145-147.

o interesse público, a intervenção é obrigatória. Cabe, sem dúvida, ao próprio Ministério Público tal exame."
(Grifos nossos)

2.12 - Crítica à intervenção descabida do *Parquet*

Ao que se viu, pensamos que seja melhor submeter a intervenção ministerial à terminologia do *cabimento* (no sentido de *necessidade*) do que à da *obrigatoriedade*.

Isso porque falar em *obrigatoriedade* de intervenção leva a imaginar a *facultatividade* da atuação ministerial sempre que não for tida por obrigatória, o que, conforme o entendimento acima exposto, não nos parece correto.

Posto isso, é oportuno que se lembre que o direito processual tem natureza *pública*, sendo preponderantemente *cogentes* as suas regras. As partes ou interessados, assim como os processos ou procedimentos, não podem ser submetidos a fases e atos desnecessários, cuja prática seja deixada ao alvedrio de alguém — ainda que órgão público (seja o Juízo, seja o próprio órgão do Ministério Público). O só fato de não gerar nulidade uma eventual intervenção desnecessária não deve servir de estímulo a se *fazer aquilo que não é proibido e nem previsto*, já que, muito ao contrário, a regência do direito público prende-se ao *fazer aquilo que é previsto e permitido*. Nada mais, nada menos.

Por isso reiteramos que a intervenção do *custos legis* no processo civil deve ser entendida ou como *necessária*, portanto, *cabida*, ou como *desnecessária*, no sentido de *descabida*. Ou bem é imperativa sua atuação em face de detecção de causa interventiva (interesses indisponíveis); ou bem é afastada por ausência de causa que a justifique.

Assim, ainda que em determinados casos seja difícil aferir-se o cabimento ou não da intervenção, deve-se honrar sempre a conclusão mais judiciosa, aquela de melhor embasamento, mesmo que envolva maiores riscos à tranquilidade do transcurso processual.

Deve-se enfrentar sempre a questão da aferição de presença do interesse público na causa, evitando-se manifestações descabidas influenciadas por mero comodismo ou por ímpeto opinativo. Essa é maneira, inclusive, de se dar maior relevo ao verdadeiro perfil do *Parquet*, enriquecendo as discussões sobre seu atuar e possibilitando a tão necessária *racionalização de seus serviços*.

Em suma: não há intervenção graciosa do Ministério Público; há que se definir o cabimento ou não da atuação do *custos legis* em cada caso.⁴¹

3 Jurisdição e administração

Conforme antes alertado, a definição da natureza jurídica da chamada “jurisdição voluntária” constitui tema dos mais tormentosos.

Como consequência, é tarefa quase impossível pretender-se um ajustamento conceitual desse tipo de atividade – ou ao menos um denominador comum – que atenda a tão variadas tendências.

Observe-se que mesmo a caracterização da função jurisdicional propriamente dita (jurisdição em sentido estrito), bem como seus traços distintivos da atividade administrativa, revela-se tarefa complexa.⁴²

Muito nos importa a distinção entre a atividade jurisdicional e a administrativa porque, como se sabe, a “jurisdição voluntária” vinha sendo costumeiramente entendida como uma atividade de cunho preponderantemente administrativo.

Segundo historia CHIOVENDA (1998), no início da aplicação da teoria da tripartição do poder estatal, teve-se a pretensão de distinguir as atividades estatais (jurisdicional, administrativa e legislativa) exclusivamente pelo *critério orgânico*, de sorte que a cada órgão deveria corresponder uma só função, sendo-lhe proibido adentrar em seara alheia. Pretendia-se, de maneira extremada, preservar a autonomia dos poderes. Diante da

⁴¹ O *Manual Prático do Promotor de Justiça* (1997, p. 139), obra aprovada pelo ato nº 1/97 da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (que se destina à orientação da atuação dos membros do Ministério Público) oferece, dentre outras, as seguintes recomendações ao *custos legis*: “... ao primeiro contato com os autos, analisar se impositiva a intervenção ministerial, requerendo, em caso afirmativo e quando couber, comprovação dos elementos que a ensejam; caso entenda pela inexistência de interesse público a ser protegido, declinar as razões de seu convencimento; [...] tendo conhecimento, ainda que extra-oficialmente, de causa em que ocorra o interesse público, deve o membro do Ministério Público requerer vista dos autos para nele officiar.” Fica claro, pois, o repúdio do autor-orientador à intervenção descabida do Ministério Público, tal como ora sustentamos.

⁴² Cabe registrar que vários fatores contribuem para que se tenham concepções diversas da atividade jurisdicional, ainda que vista em si mesma. Por exemplo: tendo por influência questões políticas e históricas, pode-se conceber a jurisdição sob o ponto de vista da atividade voltada à defesa de direitos subjetivos (corrente privatista); ou sob a ótica do interesse público, da manutenção do ordenamento jurídico (corrente publicista). Veja-se, a respeito, BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 15-22.

organização do Estado moderno, porém, tal critério vinha sendo fortemente rebatido.⁴³

Por não vislumbrar qualquer utilidade no critério orgânico, procurou o festejado mestre italiano identificar traços que efetivamente possibilitassem fazer-se uma distinção – de conteúdo material – entre as atividades jurisdicional e administrativa. Nessa direção, consagrou importante critério diferenciador: se de um lado a jurisdição encerra atividade que tem o caráter da *substitutividade*, de outro, a atividade administrativa caracteriza-se por sua *originariedade*.

Assim é que a jurisdição, vista sob o prisma da *substitutividade* voltada à *atuação da vontade concreta da lei*, tal como a noção desenvolvida por CHIOVENDA, sobreviveu às mais variadas críticas, e ainda hoje conta com forte respaldo da maioria dos doutos. O respeito obtido por sua obra somente é comparável à idéia desenvolvida por CARNELUTTI, para quem a jurisdição deve ser tida como instrumento à *justa composição da lide*.⁴⁴

Nem mesmo a fecunda doutrina de MICHELI, para quem o traço marcante da jurisdição seria a *imparcialidade* do órgão que a exercita (ao contrário da parcialidade do agente administrador), foi hábil a desmerecer a tese chiovendiana, conforme podemos ver da pesquisa de BAPTISTA DA SILVA (1997):

“Em verdade, como observa Calmon de Passos, reproduzindo a lição de Zanucchi, as críticas dirigidas à doutrina de Chiovenda quanto ao caráter de substitutividade da jurisdição não chegam a invalidá-la, se pudermos compreender bem o sentido correto de tal natureza substitutiva do ato jurisdicional. Quando Chiovenda definia a jurisdição como atividade

⁴³ CHIOVENDA. Instruções de direito processual civil, p. 13-15. Não bastasse estar superada a idéia de distribuição totalmente compartimentalizada do poder estatal uno, constata-se que cada ente detentor do poder político do Estado, além de suas funções típicas, exerce atipicamente funções conceitualmente inerentes aos demais entes do poder estatal, seja para fins de “freios e contrapesos”, seja pelo peculiar interesse de cada “poder” (o Judiciário, por exemplo, normatiza e administra sua estrutura, serviços e servidores).

⁴⁴ Cf. LIEBMAN (1984). A *lide carneluttiana*, ensina LIEBMAN, equivale a qualquer conflito de interesses regulado pelo direito; e as definições de CHIOVENDA e CARNELUTTI, antes de chocarem-se, complementam-se (*Op. cit.*, p. 6-7).

secundária e substitutiva, ele apenas queria significar a imparcialidade do Juiz, sempre estranho aos interesses sobre os quais incidia sua atividade, mantendo-se numa posição eqüidistante das partes.”
(p. 74)

Concentrando-nos na lição de CHIOVENDA, a função jurisdicional resta definida como *aquela que se desenvolve mediante a substituição da atividade do jurisdicionado pela vontade do Estado-juiz, seja para afirmar a existência da vontade da lei, seja para torná-la efetiva* (tem por objetivo, pois, a atuação da vontade concreta da lei).⁴⁵

E, como visto, é o caráter de substitutividade da jurisdição que pode ser contraposto ao aspecto de primariedade (ou originariedade) da atividade administrativa. Isso porque a atuação da administração pública se dá tendo a lei como norte a sua própria conduta, sendo que seus atos referem-se a relações jurídicas das quais *ela mesma é parte*. Sua atividade é *primária*, como *primária* é a conduta – por exemplo – do proprietário que aluga seu imóvel ou do devedor que espontaneamente quita seu débito (afastando a necessidade de um alheio, em substituição, provocar coativamente a efetivação da vontade concreta da lei).

Não é demais reforçar que temos sempre evitado a expressão “poderes do Estado”, preferindo a noção de “repartição do poder estatal”. É que a doutrina mais moderna tende a esse tipo de enfoque, valorizando o caráter essencialmente uno do poder estatal.

Ora, se ontologicamente as manifestações de poder expressadas pelos organismos competentes não podem ser distinguidas, já que emanações de uma mesma força estatal, restar-nos-ia fazer as distinções apenas com base no aspecto *formal* dessas manifestações de poder.

Seguindo nessa direção, tenderemos, por caminhos diversos, a uma sutil reaproximação às teses organicistas, na medida em que, como quer COSTA MACHADO, “*O que dá a nota de distinção entre os grupos é a natureza do serviço prestado, quer dizer, a feição particular da função exercida*” (op. cit., p. 68).

Mesmo adotando tal tendência, não nos parece equivocado sustentar que, em se tratando de distinção das três atividades estatais mais típicas, houve principalmente um deslocamento de foco: a observação deslocou-se

⁴⁵ CHIOVENDA. Instruções de direito processual civil, p. 8.

a um patamar inferior, mais imediato e exteriorizado, de onde se mira a própria maneira pela qual as atividades se manifestam, já que, de origem, não há como distingui-las.⁴⁶

Por conta disso, entendemos ainda válidas as características delineadas por CHIOVENDA, já que igualmente perceptíveis nesse plano inferior.

3.1 Jurisdição voluntária

Transformou-se em verdadeiro jargão a noção de que “jurisdição voluntária não é jurisdição, nem é voluntária”.⁴⁷

“Voluntária” realmente não é: somente através dela podem os interessados obter os resultados jurídicos pretendidos. Mesmo assim, a expressão, dada sua longa tradição, continua sendo largamente utilizada.

O problema reside em sua essência jurídica: os procedimentos comumente colocados como sendo de jurisdição voluntária, já de antiga tradição do Direito, têm efetivamente natureza de jurisdição ou revelam atividade de caráter administrativo?

A controvérsia é antiga e deu azo à formação de três teses concorrentes: a administrativista, a jurisdicionalista e a autonomista.

Os poucos adeptos da corrente *autonomista* – difundida por FAZZALARI – pretendem ver na jurisdição voluntária uma categoria autônoma, não reveladora de função jurisdicional tampouco administrativa. Constituiria, pois, uma quarta atividade estatal ao lado das três clássicas de Montesquieu.

Para os *jurisdicionalistas*, a jurisdição voluntária é verdadeira jurisdição (não obstante tenha caracteres diversos da jurisdição contenciosa) na medida em que é sempre o juiz quem aplicará o direito objetivo na tutela de direitos subjetivos.

Entre nós, já há algum tempo, vem prevalecendo a tese *administrativista*, sendo comum exprimir-se jurisdição voluntária como

⁴⁶ Nesse mesmo sentido, DINAMARCO. Fundamentos do processo civil moderno, p. 307-308. (1982, p. 12).

⁴⁷ LIMA (1982, p. 12) mostra que “Sem qualquer outra consideração, bastaria relembrar o anátema de Mortara, de cunho chistoso, que se vulgarizou de tal modo que é trasladado por diversos autores, desde Chiovenda, passando a omitir-se, até, referência a seu criador: ‘A jurisdição voluntária não é nem jurisdição, nem voluntária’.”

sendo "a administração pública de interesses privados", noção disseminada por FREDERICO MARQUES.⁴⁸

Porém, conforme alertado no início deste artigo, o prestígio da tese administrativista já não é o mesmo. Com efeito, novos e vigorosos estudos têm rebatido seus argumentos, o que vem animando os simpatizantes da corrente jurisdicionalista, agora também chamados de *reversionistas*.⁴⁹

Entre os doutrinadores pátrios, cabe destacar BAPTISTA DA SILVA, que, em seu estudo científico e sistematizado, demonstra que os fundamentos dos administrativistas "*têm sido vantajosamente respondidos pelos que defendem a natureza jurisdicional da chamada jurisdição voluntária*".⁵⁰

Podemos, em apertada síntese, descrever como o ilustre processualista encara e rebate os cinco argumentos básicos dos sectários da tese administrativista:

- primeiro – para os administrativistas, a jurisdição contenciosa teria finalidade repressiva, enquanto a voluntária teria caráter preventivo. Tal argumento é rechaçado na medida em que várias atividades contenciosas têm o escopo de prevenir litígios. Tomem-se como exemplos a decisão cautelar e a sentença declaratória pura;
- segundo – de acordo com os que negam o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária nesta não são vistos sujeitos processuais contrapostos (partes), mas tão-somente *interessados* que almejam um mesmo resultado. Tal afirmação também não é hábil, por si só, a afastar o caráter jurisdicional, pois ainda que se admita que somente se pode falar em "partes" quando existir conflito de interesses, nunca se demonstrou que o litígio é efetivamente a "marca registrada" da jurisdição;
- terceiro – por não produzir coisa julgada, a jurisdição voluntária constitui uma função administrativa. A assertiva também não convence, já que a sentença meritória do processo cautelar, segundo pode ser sustentado, igualmente não teria autoridade de coisa julgada material;
- quarto – a jurisdição voluntária, dizem os administrativistas, tem por função a atuação do direito objetivo, enquanto a voluntária presta-se à realização de determinados interesses que, para se efetivarem, dependem da cooperação judicial. Esse argumento também não é capaz de identificar

⁴⁸ Sobre as três correntes, confira-se LIMA. *Comentários ao código de processo civil*, p. 8-16.

⁴⁹ Cf.: ALVIM. 1996, p. 89.

⁵⁰ SILVA; GOMES. *Teoria geral do processo civil*, p. 78.

a jurisdição voluntária com a atuação administrativa, já que, como já visto, nessa última os atos praticados atingem diretamente o administrador (que é parte na relação), enquanto naquela o juiz mantém sua postura de imparcialidade, em nada lhe atingindo os efeitos jurídicos de sua sentença. Ademais, nem sempre o juiz age em prol do interesse do requerente da tutela de jurisdição voluntária, visto que pode rechaçá-lo por considerar o pleito em desconformidade com o direito objetivo. Portanto,

*"O Juiz, nos processos de jurisdição voluntária, é tão imparcial quanto seria se o processo fosse de jurisdição contenciosa. Agirá no interesse do titular apenas se ele tiver razão, como o fará em qualquer processo contencioso."*⁵¹

A lapidar crítica difundida por BAPTISTA DA SILVA em relação aos administrativistas merece transcrição:

"Em verdade, como adverte M. I. Frocham (La jurisdicción, Buenos Aires, 1972, p. 99), os administrativistas não tomaram parte no monólogo conduzido apenas pelos processualistas, a fim de poderem explicar o que é o ato administrativo, pois, se lhes fosse dado o ensejo de participarem da controvérsia, provavelmente se arquivaria a legendária tese administrativista sobre a jurisdição voluntária. Também o Prof. Edson Prata faz observação semelhante: 'Parece-nos que os alinhados nessa corrente - refere-se ele aos partidários da corrente administrativista - preocupam-se muito em arredar a jurisdição voluntária do terreno ocupado pela jurisdição, e até do processo, para limpar o caminho que traçam e no qual não querem óbices que impeçam o diálogo na linha reta, mas se esquecem de ajeitá-la entre os atos da atividade administrativa. Retiram a jurisdição voluntária do terreno jurisdicional, jogam-na na seara da administração, porém sem indagação prévia da possibilidade jurídica desta providência. Talvez nenhum se tenha perguntado, com a necessária paciência do pesquisador, se a jurisdição voluntária, não se comportando adequadamente ao conceito de

⁵¹ SILVA; GOMES. *Teoria geral do processo civil*, p. 80.

jurisdição, se ajeita plenamente no conceito de administração' (Jurisdição voluntária, 1979, p. 75)."

Segundo ainda o autor em referência, a distinção entre a jurisdição voluntária e a contenciosa estaria na circunstância de que na primeira, ao contrário dessa última, não há jurisdição declarativa de direitos ensejadora da formação de coisa julgada material, preponderando a eficácia constitutiva das decisões proferidas em seu âmbito.⁵² Na jurisdição voluntária, assim, não estaria em foco a existência de um direito, mas apenas sua regulação.⁵³

A distinção, contudo, não convence plenamente: o que dizer da sentença que não acolhe a pretensão do requerente da tutela voluntária? E a sentença proferida em cautelar que, segundo o autor, não obstante seja forma de jurisdição contenciosa, não enseja a formação de coisa julgada material?

Muito interessante nos parece o critério distintivo desenvolvido por CALAMANDREI, sem embargo seja ele seguidor da corrente administrativista.

Segundo o processualista italiano, diversamente do que ocorre com as normas de direito processual, o juiz não é o destinatário das normas de direito material, já que a vontade concreta desses comandos é dirigida sempre ao particular. A regra comporta exceções: vezes há em que, junto à própria norma material, encontram-se regras que estabelecem como deve ser a intervenção do juiz em determinados casos. E seria justamente em razão dessas exceções que se desenvolveria a atividade de jurisdição voluntária pelo órgão aplicador da lei.⁵⁴

Interessante registrar – agora voltando à doutrina *revisionista* –

⁵² A assunto é mais claramente exposto por TESHEINER (1992: 50): “Em suma: na sentença constitutiva proferida em jurisdição contenciosa, o juiz declara e constitui, sendo a eficácia declaratória suficientemente forte para que se produza coisa julgada material. Na sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição voluntária, é mínimo o efeito declaratório, o que explica a ausência de coisa julgada. Não se afirma, por exemplo, que o nomeado tenha direito subjetivo à tutela”.

⁵³ SILVA; GOMES. Teoria geral do processo civil, p. 82.

⁵⁴ Apud SILVA. Limites entre jurisdição e administração, sob a ótica de Piero Calamandrei, p.11.

que, para aqueles que a adotam, o melhor é que se fale em *processo contencioso* e *processo voluntário*, já que ambos devem ser tidos como expressões de verdadeira atividade jurisdicional.⁵⁵

Cumpra finalmente ressaltar que, ainda que se entenda – como nós – que o processo voluntário retrata verdadeira atuação jurisdicional, as distinções consagradas pela doutrina entre este e o processo contencioso remanescem valiosas na medida em que habilitam a formação, em sede legal, de sistematizações procedimentais que melhor atendam às peculiaridades desses dois grandes grupos de expressão da atividade jurisdicional.

Ao objetivo deste nosso estudo, porém, o que mais importa é destacar certas características da jurisdição voluntária, apontadas pela doutrina que inspirava o legislador do Código de Processo Civil de 1973.

3.4 A Jurisdição voluntária no Código de Processo Civil e suas anomalias

Influenciados pela doutrina que largamente preponderava à época de sua confecção, os mentores do vigente Código de Processo Civil brasileiro, em sua Exposição de Motivos, esclarecem o atual tratamento legal dispensado à chamada jurisdição voluntária:

"[...] Estará certa a colocação dos procedimentos de jurisdição voluntária no Livro IV? O tema tem sido objeto de larga controvérsia[...]"

12. Os autores que tratam ex professo da matéria, reconhecem que a sistematização dos procedimentos de jurisdição voluntária está ainda por se fazer. LOPES DA COSTA, em monografia fundamental sobre o tema, diz que 'sobre ela não temos lei especial. Dela, o Código de Processo Civil trata de envolta com outros procedimentos especiais, de jurisdição contenciosa. Salvo a coisa julgada (art. 288), não diz quais as normas gerais do processo que não se aplicam à jurisdição voluntária'. [...]"

JOSÉ FREDERICO MARQUES, que escreveu também uma obra clássica sobre o tema, afirma que 'a administração pública de interesses privados, nem mesmo quando se realiza através da jurisdição voluntária, está afeta, no que diz com a sua regulamentação, às leis processuais. Cabe ao direito processual apenas a forma e o modus faciendi dos atos forenses da atividade de jurisdição voluntária'.

No projeto, figura a jurisdição voluntária como título especial do Livro IV,

⁵⁵ Cf.: ALVIM. *Op. cit.*, p. 89.

porque, em larga tradição, em tais casos sempre coube ao juiz a função de administrar os interesses privados."

Nosso estatuto processual, noutro giro, consoante se pode constatar também desde sua Exposição de Motivos (Capítulo III, item II), claramente se apoiou na noção carneltuttiana de "lide", que encerraria a principal característica da jurisdição contenciosa. Destaque-se que o próprio CARNELUTTI, em linha revisionista, admite a existência de jurisdição sem lide, caso em que é retratado justamente o processo voluntário.⁵⁶

Mas o que releva apontar, agora menos importando a tese preferida acerca da natureza jurídica da jurisdição voluntária,⁵⁷ são duas das características dos feitos a ela submetidos que sempre são lembradas: a presença de interesse público e a ausência da chamada *lide carneltuttiana* (conflito de interesses qualificado pela resistência de uma pessoa à pretensão de outra).

Por outra: para merecer a alocação de nosso legislador entre "os procedimentos de jurisdição voluntária", a causa deveria envolver aspectos de interesse público,⁵⁸ e nela não deveria haver conflito de interesses (do contrário seria contenciosa a jurisdição).

Mas será que todos os "procedimentos de jurisdição voluntária" elencados no Código de BUZAID possuem essas características? Foi o

⁵⁶ Apud TESHEINER. *Jurisdição voluntária*, p. 41.

⁵⁷ Até porque, conforme sustenta DINAMARCO (1993, p. 121 - 122) ao analisar as teses que procuram explicitar a natureza jurídica da jurisdição voluntária, "*tudo isso tem o seu valor reduzido ante a consideração de que menos importa encontrar o critério da distinção da jurisdição mesma em face das demais atividades estatais, do que a natureza e fundamentos comuns a todas elas*".

⁵⁸ Valhamo-nos da doutrina de CARNELUTTI, citada por CASTRO FILHO (1983, p. 7): "*Trata-se (referindo-se à jurisdição voluntária) de vigiar ou de comprovar a atividade jurídica de particulares em alguns casos em que a qualidade do sujeito ou a estrutura da função do ato tornam mais grave o perigo de um mau uso daquela. Esta vigilância é completamente análoga à que, por exemplo, exercita o Estado em matéria de higiene ou de ordem pública: o fim é idêntico, ainda que a matéria seja diversa. Portanto, não medeia diferença de finalidade, senão de modo, entre a inspeção do Estado sobre as condições higiênicas em que se desenvolve o trabalho das crianças e sobre a administração do patrimônio dos menores; nem entre a vigilância sobre as condições das fábricas e a vigilância sobre as transações sobre o segurador e o trabalhador vítima de acidente; nem entre a intervenção para promover o desenvolvimento da indústria e a intervenção na constituição e desenvolvimento das sociedades mercantis. Quando o juiz preside o conselho de família, quando autoriza a venda de coisa de um menor ou quando homologa uma transação em matéria de acidentes do trabalho, atua para a satisfação de um interesse público, que tem por objeto a boa administração dos interesses privados*" (o negrito é nosso)

estatuto totalmente fiel à doutrina que o inspirou?

Entendemos que não.

Nada obstante formalmente subsumidas pelo nosso codificador aos procedimentos de jurisdição voluntária, existem causas que – substancialmente – não se coadunam com as características afetas a essa “jurisdição” (qualquer que seja a tese adotada acerca de sua natureza jurídica).

Ou seja, o legislador terminou por submeter ao rito de jurisdição voluntária hipóteses de natureza perceptivelmente contenciosa, não bastasse não terem qualquer sinal de presença do interesse público em seu bojo.

É o que detectou MAZZILLI (1991):⁵⁹ “*Não se duvide que a intenção do legislador federal também fora a de presumir um interesse público genérico e indistinto em todas as hipóteses de jurisdição voluntária, tanto que aparentemente buscou chamar o Ministério Público para fiscal de todos esses procedimentos (CPC, art. 1.105).*”

E, conforme bem se apercebeu o culto membro do *parquet* paulista, em sendo os interessados civilmente capazes, não há qualquer nota de interesse público (primário) nas seguintes pretensões: alienação judicial de coisa comum, administração ou locação de coisa comum e alienação de quinhão em coisa comum.⁶⁰

Em verdade, em respeito à doutrina que inspirou o codificador, esses casos não deveriam ter sido alocados no campo da jurisdição voluntária, já que, por natureza, têm preponderante cunho contencioso. Pouco importa que nessas hipóteses a própria lei material, vislumbrando óbvias possibilidades de dissenso (já que tratando de relações condominiais), tenha-se antecipado e, ainda em abstrato, balizado a atuação do órgão incumbido a dar-lhe solução.

Com efeito, se ninguém mais duvida do caráter de contenciosidade das ações executivas e monitórias, o que dizer daquelas que somente chegam à seara judicial justamente por haver dissenso substancial entre os condôminos? Ora, em todas elas há interesses contrapostos a incidir sobre um mesmo bem da vida.

Dizer, como fazem alguns,⁶¹ que nessas relações condominiais não se vislumbra “conflito de interesses”, mas apenas “dissenso” ou “controvérsia”, afigura-se-nos mero eufemismo que não resiste a qualquer

⁵⁹ MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 416.

⁶⁰ MAZZILLI. Manual do promotor de justiça.

⁶¹ Cf., dentre vários outros, MARCATO. Procedimentos especiais, p. 21.

análise mais objetiva. Sempre que a atividade jurisdicional se prestar a solucionar situações jurídicas instáveis, desconfortáveis aos titulares de direito material, ter-se-á, inequivocamente, atuação em esfera contenciosa. Tal concepção tampouco discrepa da clássica idéia da lide carneluttiana.

Por isso preferimos o entendimento de MACHADO (1993), que, ao comentar o inciso IV do art. 1.112 do Código de Processo Civil (alienação, locação e administração da coisa comum), esclarece:

*“A respeito de alienação, locação e administração da coisa comum dispõe o art. 632 do CC: ‘Art. 632. Quando a coisa for indivisível, ou se tornar pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-lo a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos, o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior’. Duas observações: 1ª) só há interesse processual para o pedido de alienação se houver discordância entre os condôminos (se há concordância tudo se resolve por escritura pública; não há interesse identicamente se já foi proposta ação divisória - CC, art. 629); 2ª) o pedido de alienação, a rigor, não se enquadra nos moldes da jurisdição voluntária porque há partes em litígio. Já no que concerne à administração do condomínio reza o caput do art. 635 do estatuto civil: ‘Art. 635. Quando por circunstância de fato ou por desacordo, não for possível o uso e gozo comum, resolverão os condomínios (sic) se a coisa deve ser administrada, vendida ou alugada’. Havendo discórdia do destino a ser dado ao bem ou invalidada da deliberação (CC, §§ 1º e 2º do art. 635; arts. 636 e 637) poderá qualquer condômino solicitar ao juiz a decisão para a controvérsia (aplica-se o art. 1.109). Também aqui não se trata de exercício de jurisdição voluntária, na verdade.”*⁶²

⁶² MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, p. 1.115.

O mesmo se diga em relação à alienação de quinhão em coisa comum. Sendo todos os comunheiros capazes, somente se cogitará de autorização judicial para alienação a terceiro – por pedido formulado por um dos condôminos – se houver *oposição* dos demais, vez que, do contrário, é bastante que se lavre escritura pública com a interveniência de todos.⁶³

Também nos afigura equivocada a inclusão dos procedimentos de alienação dos bens depositados judicialmente no âmbito da jurisdição voluntária. É fácil perceber que, estando *sub judice* a situação dos bens sob mira, “certo é que a hipótese não é de jurisdição voluntária, mas de incidente em processo de jurisdição contenciosa”.⁶⁴

Como conclusão, temos que os “procedimentos” acima mencionados não têm natureza de “jurisdição voluntária”, mas, ao contrário, substancialmente pertencem à atividade de jurisdição contenciosa.

Houve, pois, flagrante incongruência do legislador em relação à doutrina que o inspirava. Por isso que, constatada a turbação da *mens legislatoris*, mais que nunca se deve privilegiar a busca da *mens legis*, de forma a entender que as causas mencionadas estão submetidas apenas ao rito estabelecido no Código de Processo Civil, obedecendo, no mais, às regras e princípios inerentes à jurisdição contenciosa.

Aqui, portanto, o primeiro forte argumento limitador do alcance em relação ao Ministério Público da regra do art. 1.105 do Código de Processo Civil: pela natureza do feito, somente deverá ele intervir – em razão da existência de interesse público – nos procedimentos que verdadeira e substancialmente se coadunem com a chamada “jurisdição voluntária”. Nas anomalias acima descritas, verdadeiros processos contenciosos, cuja presença de interesse público não se evidencia objetivamente (à luz da natureza da causa), somente será cabida sua intervenção por motivo subjetivo (presença de menores, incapazes, etc.).

⁶³ V. art. 1.139, CCB. Cf. a respeito, MACHADO. *Código de processo civil interpretado*, p. 1.116.

⁶⁴ TESHEINER. *Jurisdição voluntária*, p. 154. Igualmente desnaturado é o procedimento de especialização da hipoteca legal (CPC, arts. 1.205/1.210), que se refere, aliás, a instituto quase sem utilização prática. Nele não se vislumbra existência de interesse público por natureza, conforme pode-se extrair dos próprios dizeres legais (v. art. 1.210), somente podendo se cogitar de interesse público por força subjetiva (interesse de incapazes).

4 A tese declarativa

Analisando o minucioso trabalho elaborado por NERY JÚNIOR, vemos que, após alguns anos decorridos da vigência do atual Código de Processo Civil, “a doutrina dominante”, segundo o autor, entendia “*necessária a intervenção do Ministério Público em todos os procedimentos de jurisdição voluntária*”.⁶⁵ Conforme inicialmente acenados (item 1.2), a tese irrestrita (ou declarativa), muito bem sistematizada por NERY JÚNIOR, assenta-se basicamente nos seguintes argumentos:

1º. não cabe exame discricionário da presença de causa de intervenção do *Parquet* quando a lei expressamente a exige (a exemplo do que acontece com as hipóteses dos incisos I e II do art. 82, Código de Processo Civil). Nesses casos, tal como ocorre com o art. 1.105 do Código de Processo Civil, o interesse público que fundamenta a atuação ministerial é presumido *juris et de jure*, não admitindo interpretação em contrário;

2º. estando o art. 1.105 situado nas “disposições gerais” dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, é de ser aplicado a todos aqueles procedimentos;

3º. nos procedimentos de jurisdição voluntária tem-se sempre patenteado o interesse público evidenciado pela própria natureza da causa, razão por que, ainda que não houvesse o art. 1.105, deveria o Ministério Público intervir em todos eles;

4º. a circunstância de alguns procedimentos em espécie contarem com dispositivos que expressamente se referem ao Ministério Público não significa que os mesmos não reclamam a presença ministerial, visto que aqueles dispositivos destinam-se apenas a situar o momento da oitiva do *Parquet*;

5º. a controvérsia somente existe porque em dois procedimentos (alienação judicial e especialização da hipoteca legal) não há expressa e específica menção à atuação do Ministério Público. Não houvesse esses procedimentos, ninguém questionaria a necessidade de intervenção em todos os feitos de jurisdição voluntária.

O terceiro argumento acima pode ser rebatido de plano a partir de tudo o que expusemos no capítulo anterior (item 3.3). O quinto prende-se apenas ao combate de um argumento antideclarativista equivocado

⁶⁵ NERY JÚNIOR. *Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária*, p. 46-47. Os argumentos que enumeramos foram expendidos pelo referido autor com a finalidade de rebater as considerações restritivas que começavam a se ensaiar.

(conforme veremos em seguida), mas que vem a ser tranqüilamente rechaçado pelos fundamentos válidos da tese restritivista. Os argumentos restantes, estes sim, defluem de atividade de interpretação da lei.

Porém, a melhor exegese a todos derrubará.

4.1 Fundamentos da tese restritivista

A despeito de serem interessantes os argumentos dos irrestritivistas, sua aceitação já não é a mesma.

Muito ao contrário, conforme dizíamos no início do presente estudo (item 1.2), “a tendência minoritária” – então observada por NERY JÚNIOR – direcionada à interpretação restritiva do art. 1.105 do Código de Processo Civil, ganhou extraordinário vigor, sendo ela hoje, sem qualquer dúvida, a doutrina prevalente.

É de se reconhecer, porém, que os primeiros fundamentos conhecidos que procuravam restringir a interpretação desse dispositivo legal eram sustentados por frágeis premissas, facilmente rebatidas pela corrente declarativa.

DINAMARCO (1987), por exemplo, estribado na falsa idéia de que todos os procedimentos catalogados no Título II, Livro IV, Código de Processo Civil teriam efetivamente a natureza jurídica de “jurisdição voluntária” (e, por conseguinte, em todos os casos presente estaria o *interesse público*), entendeu que a atividade do juiz (que funcionaria como fiscal das partes), em certos casos dispensaria a atuação do *Parquet*, eis que não se pode imputar à lei a redundância de exigir um “fiscal do fiscal”. Sustentou, ainda, pretendendo interpretar sistematicamente a lei, que, pelo só fato de o legislador renovar em vários procedimentos em espécie, mas não em todos, menção à intervenção ministerial, lógico seria concluir que o art. 1.105 não seria aplicável a todos os feitos, mas somente àqueles cuja intervenção foi expressamente reiterada.⁶⁶ Seu primeiro argumento (*não teria sentido, em certos casos, cogitar-se de um fiscal do fiscal*), ilação extraída de uma premissa falsa (qual seja, *todos os procedimentos de jurisdição voluntária do Código de Processo Civil pressupõem a existência de interesse público*), é autodestrutivo: fosse assim, não haveria razão para o *Parquet* funcionar em qualquer causa de jurisdição voluntária. Já o segundo fundamento é, isoladamente, insuficiente ao que se propunha demonstrar:

⁶⁶ DINAMARCO, p. 322-325.

ainda que o legislador não fizesse mais qualquer menção nos feitos em espécie sobre participação ministerial (ou o fizesse em um ou alguns), na grande maioria deles a presença do Ministério Público continuaria sendo necessária, considerando-se a presença do efetivo interesse público pela própria natureza dos mesmos.

Os verdadeiros e irrefutáveis fundamentos da tese restritiva podem ser encontrados, ao nosso sentir, nas doutrinas de MACHADO e MAZZILLI.

No que tange à posição de MACHADO (1989), porém, apenas discordamos quando, procurando refutar a combinação do art. 1.105 com o 82 do Código de Processo Civil, ele sustenta que:

*"O fato desta norma (art. 1.105) reger indistintamente todos os procedimentos (e não só as hipóteses previstas pelo art. 1.112) exclui automaticamente a aplicabilidade subsidiária do art. 82. O art. 1.105 está, na verdade, para a jurisdição voluntária assim como o art. 82 está para os processos de conhecimento, de execução, cautelar, bem como para todos os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, de dentro ou de fora do Código, que não contenham regras específicas sobre a intervenção."*⁶⁷

Não vemos pecado na combinação dos artigos citados sempre que tratar a hipótese de processo de natureza contenciosa incoerentemente inserido nas disposições afetas à jurisdição voluntária. Com efeito, os casos respectivos a relações condominiais que antes vimos, não obstante tenham de se submeter às regras procedimentais simplificadas junto às quais restaram alocados, devem, no mais, seguir os princípios e normas processuais afetos à jurisdição contenciosa. Assim é que nesses procedimentos pode ser necessária a intervenção do Ministério Público em razão, por exemplo, da incapacidade de uma das "partes" (CPC, art. 82, I).

Contudo, o balizamento do art. 1.105 pelo 82 não é o principal argumento da tese restritiva, dado o atual *status* constitucional do Ministério Público.

⁶⁷ MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, p. 501.

A restrição ao alcance da regra do art. 1.105 do Código de Processo Civil advém – ainda segundo MACHADO – fundamentalmente de sua interpretação teleológica (o que não nos impede de falar em tese restritivista).

De fato, não se pode mais perder de vista o verdadeiro escopo da atuação ministerial (defesa dos interesses indisponíveis), já que hoje devidamente expresso no Texto Constitucional. A melhor interpretação do art. 1.105 do Código de Processo Civil deve mesmo ser a teleológica,⁶⁸ focada na *ratio* da intervenção ministerial, isto é, na circunstância de se ter a presença do interesse público em cada um dos feitos em que é cabida sua participação.

E, tal como vimos no capítulo anterior (item 3.3), se a grande maioria dos procedimentos colocados como sendo de jurisdição voluntária envolve indisponibilidade de interesses ou direitos (ou seja, agasalha matéria de interesse público), alguns deles têm característica de total disponibilidade, não reclamando, destarte, a intervenção ministerial.

À guisa de registro, vejamos mais um argumento, agora de MAZZILLI (1991), que contraria a tese declarativa:

“Se fosse válido o argumento da corrente contrária, no sentido de que, por ser o art. 1.105 norma geral que torna exigível a intervenção ministerial em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, então, por identidade de razão, também seria correto o argumento de que, por ser o artigo anterior (1.104) também norma geral aplicável a todo procedimento de jurisdição voluntária, então se permitiria que o Ministério Público comparecesse como órgão agente em qualquer procedimento de jurisdição voluntária. Esse raciocínio tornaria possível, por exemplo, que o Ministério Público estivesse legitimado a tomar a iniciativa e requerer até mesmo a venda judicial de coisa comum de pessoas maiores e capazes, da mesma forma como tem a iniciativa no requerimento de interdição ou abertura de testamento!”⁶⁹

⁶⁸ MACHADO. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, p. 505-507.

⁶⁹ MAZZILLI. Manual do promotor de justiça, p. 424.

Não bastassem esses fundamentos, não custa lembrar que a interpretação literal da lei é considerada a mais pobre entre as ferramentas da hermenêutica.

Dizer de maneira simplista – como fizeram os declarativistas – que a “lei presumiu o interesse público nos procedimentos de jurisdição voluntária” equivale a cercear qualquer atividade interpretativa mais profunda, elevando a *mens legislatoris* ao mesmo *status* da *mens legis*, o que é de todo inaceitável.

Aliás, conforme expusemos no capítulo anterior, não seria sequer da vontade do legislador a atuação do Ministério Público em causas nas quais não se verificasse presença de interesse público.

Houve, isto sim, uma grande confusão por parte de nosso codificador: empolgado com a doutrina da “administração pública de interesses privados”, lembrando da característica presença do interesse público a justificar essa modalidade de jurisdição, correu em convocar a atuação ministerial em todos os feitos que enumerava naquele Título II do Livro IV do Código de Processo Civil. Descuidou-se, contudo, do que era mais importante: selecionar corretamente os procedimentos cuja natureza fosse verdadeiramente afeta à jurisdição voluntária.

Mas, hoje, tenha-se sempre em conta que o grande e definitivo argumento que endossa a tese restritivista é aquele antes exposto, o que tem assento na Constituição Federal.

Por força da vocação constitucionalmente atribuída ao *Parquet*, cabe até sustentar, para finalizar, que mesmo o art. 82 do Código de Processo Civil perdeu força, tendo agora caráter meramente ilustrativo.

Conclusões

Por tudo o que foi exposto, pode-se concluir que:

1. O Ministério Público, em razão de seu atual tratamento constitucional, detém, com autonomia e independência funcional, parcela do poder soberano estatal.
2. É inconstitucional (ou não foi recepcionada pela Carta de 1988) a legislação que pretenda desviar (ou aquela que já desvia) o *Parquet* de suas funções e finalidades constitucionalmente delineadas.
3. Em Juízo não há intervenção facultativa do Ministério Público. Aferida a presença de interesse público (primário), ainda que potencial, em qualquer

causa, será sempre necessária sua intervenção. Ao contrário, não sendo vislumbrado interesse público a se proteger, será descabida a atuação ministerial.

4. O juízo definitivo acerca da presença ou não de interesse público, a reclamar e justificar a atuação do *Parquet*, pertence ao próprio órgão ministerial, dada sua independência funcional. Some-se a isso a circunstância de ter ele parcela do poder estatal justamente direcionada à defesa do interesse público, cabendo-lhe, pois, melhor do que a qualquer outro, identificar as causas em que tal poder deve ser colocado em atuação.

5. Como consequência da conclusão anterior, não deve o órgão judiciário vedar o ingresso do representante do Ministério Público nos feitos em que este manifeste interesse em intervir. A intervenção do *Parquet* não se submete à disciplina geral da intervenção de terceiros.

6. Não havendo intervenção facultativa ministerial, não deve seu representante atuar em causas que saiba descabida a intervenção, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico e desvio de função.

7. Tanto o *processo contencioso* como o *processo voluntário* revelam verdadeira atividade jurisdicional, já que realizada por órgão imparcial que não sofre, ele próprio, qualquer efeito com sua atuação, a qual é sempre voltada à realização da vontade concreta da lei.

8. A ausência de lide e a presença de interesse público ainda podem ser apontadas como características das causas sujeitas ao *processo voluntário*. Aquelas relações de dissenso entre condôminos, arroladas pelo Código de Processo Civil brasileiro como sujeitas a procedimentos de jurisdição voluntária, têm verdadeira natureza contenciosa. Assim, não obstante sigam o *rito especial* estatuído, devem submeter-se ao *regime* do processo contencioso (possibilidade do contraditório, julgamento que observe o critério da legalidade, formação de coisa julgada material). Nesses feitos não há objetivamente a presença de interesse público, não devendo intervir o Ministério Público, a não ser que se tenha presente causa subjetiva (v.g., incapacidade da parte).

9. O art. 1.105 do Código de Processo Civil deve ter, em relação ao Ministério Público, seu alcance limitado às hipóteses em que se tenha presente o interesse público (social ou individual indisponível), visto que é em sua defesa a finalidade da atuação ministerial, tal como constitucionalmente definida.

10. Mesmo o art. 82, Código de Processo Civil deve ser analisado, sempre, em harmonia com os ditames constitucionais.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRANCO, Hélio H. Castello. Aspectos da intervenção do Ministério Público nas causas de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte. *JUS-Revista Jurídica do Ministério Público*. v.12, p. 147-155, 1991.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CARVALHO, Ruth Lies Scholte; SOUSA, Alberto Vilas Boas Vieira de; PAULA, Antônio Sérgio Rocha de (Coord.). *Manual prático do promotor de justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 10.

CHIOVENDÁ, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Bookseller, 1998. v. 2.

CINTIA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COSTA, Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 12.

_____. Jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, v.5, n. 17, p. 25-40, jan./mar. 1980.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1986.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 2. ed. Porto Alegre: AMP/ESMPRS, 1993.

MELLO JÚNIOR, João Cândio de. O conceito polêmico de interesse público. *JUS -Revista Jurídica do Ministério Público*, v.17, p. 255-296, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

NERY JÚNIOR, Nélson, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, v. 12, n. 46, p. 7-28, abr./jun. 1987.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

SANSEVERINO, Milton. O Ministério Público e o interesse público o processo civil. *Revista Forense*, v. 254, n. 874/876, p. 197-209, abr./jun. 1976.

SILVA, Agathe E. Schimidt da. Limites entre jurisdição e administração, sob a ótica de Piero Calamandrei. *Revista Jurídica*, v. 40, n. 184, p. 11-16, fev. 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

NOVA FEIÇÃO DO DIREITO PENAL

ROGÉRIO FELIPETO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Contexto mundial – 3 O reflexo no direito penal – 3.1 Criminalidade, capitalismo e resposta penal – 3.2 Balizas para a intervenção penal – 4 Conclusão

1 Introdução

O presente trabalho constitui pequeno estudo sobre a influência que a nova ordem mundial tem imposto ao Direito Penal. Para tanto, procede-se a confronto histórico da evolução do quadro econômico mundial no final do século passado com a transição que se realiza no presente momento, abordando-se a transformação experimentada pelos meios de produção e os seus reflexos na produção de riqueza, empenho de mão-de-obra e relações entre os países.

Diante dessas mudanças, procura-se vincular a influência que o mundo econômico exerce sobre a vida cotidiana, notadamente sob a perspectiva do Direito Penal, com o surgimento de novas manifestações criminais, bem como com o aguçamento daquelas práticas ilícitas existentes, quer sob o prisma da intensidade dos delitos, quer sob o prisma da qualidade criminal surgida.

Diante disso, aparecem as respostas apresentadas pelo Direito Penal, instigado que é como instrumento de controle social. Essas respostas, antagônicas entre si, interagem e exigem do operador do Direito um posicionamento lúcido e coerente. O cerne dessas respostas pode ser resumido no confronto da teoria da Ciência Penal com a realidade prática do que a sociedade reclama. A conciliação entre ambas é tarefa ingrata, mas talvez se apresente como solução de longo prazo, como medida garantidora do bem-estar social e concretizadora da evolução da Ciência Penal.

Portanto, este estudo objetiva o enfoque dessa nova realidade, seus instrumentos, instigando o senso crítico, com vistas a proporcionar uma tomada de posicionamento fundamentado.

2 O contexto mundial

O final do século 20 e o início do século 21 foram e estão sendo marcados por grandes transformações no mundo. Houve sensível alteração do modelo

econômico então vigente, colocando-nos diante de uma denominada nova ordem mundial. Tivemos transformações de monta, resultantes das atuais relações econômicas, que por sua vez, proporcionam, também, a alteração do modelo sociopolítico.

As relações econômicas transformaram-se durante o século 20. Abandonou-se o modo de produção baseado numa economia feudal, que tinha o seu pilar na propriedade da terra, para uma economia marcadamente baseada na propriedade do capital. Nesse contexto, grande foi a influência da revolução industrial, transmutando a valoração da terra para a valoração do capital, alterando as relações de trabalho, de modo que o vínculo empregatício, permeado pelo conflito capital-trabalho, substituiu as antigas relações de servidão e o regime escravocrata.

Decorrencia desse novo sistema de produção (revolução industrial) foi a grande disponibilidade de mão-de-obra, dispensada pela utilização de máquinas. Com efeito, a revolução industrial, introduzindo a utilização de recursos outros que não só a força de trabalho humana, fez com que houvesse sensível aumento da produtividade por trabalhador, com a conseqüente ociosidade de mão-de-obra, o que provocou notável aumento do desemprego, com agravamento das questões sociais. No entanto, esse desajuste foi absorvido pela economia mundial sem provocar maiores transtornos de cunho social, o que se justificou através da criação ou do surgimento de novos mercados na América, que absorveram a força de trabalho dispensada pela indústria emergente.

O excesso de mão-de-obra liberado pela revolução industrial não tinha mercado para ser absorvido no continente europeu, vale dizer, não havia demanda dos meios de produção de riqueza para reter o contingente de trabalhadores liberados dos antigos afazeres. De outro lado, a produção que emergia das novas indústrias carecia de implementar o consumo de seus produtos, ou seja, de um mercado, enquanto de outro lado, os trabalhadores ociosos não proporcionavam a circulação da riqueza. No entanto, na América, surgia literalmente um mundo novo, com espaço para o desenvolvimento econômico. Tratava-se de um espaço inexplorado do ponto de vista de seus recursos naturais, da agricultura e mesmo sob o prisma industrial. Para lá emigrou grande contingente humano europeu, não absorvido pelo novo sistema econômico. Os emigrantes dedicavam-se à lavoura e à indústria, que ainda era incipiente.

Mas o final do século passado e início do terceiro milênio está destacando-se pelo denominado fenômeno da *globalização*. Tal fenômeno, a rigor, não é novo e tem como paralelo a era mercantilista e imperialista, tudo

marcado pela luta por um mercado novo, sofrendo a vida mundial, assim, a notável influência do econômico, de sorte a fazer lembrar da velha discussão suscitada por Marx e Hegel, no sentido de que a infra-estrutura determina a hiper-estrutura, ou seja, de que o fator econômico é o predominante na determinação da caracterização das outras esferas (sociais e políticas). De fato, a globalização vem desempenhando um papel de grande influência na alteração de todas as relações humanas existentes, quer seja do ponto de vista cultural, social, ou mesmo econômico, impondo novos modelos a todo o planeta.

É de se notar que esse fenômeno é composto por uma controvérsia intrínseca, pois aparenta ser o ensaio do fim das fronteiras entre os países e a união global. Em contrapartida, também caminha em sentido nitidamente contrário, em verdadeiro retorno aos tempos feudais, em que as economias eram adstritas às terras dos respectivos senhores. Veja-se que a dispensa das fronteiras econômicas encontra limite na formação de grupos de países econômicos (União Européia, Mercosul, etc.). Portanto, a integração é aparente, quase falaciosa, pois há uma aproximação dos países, para se protegerem das práticas econômicas exercidas por outros grupos, fomentando-se práticas protecionistas, enquanto se busca a introdução de produtos em mercados externos. Pode-se dizer que a globalização tem como consequência antitética a regionalização. Há um fechamento, ainda que restrito, à importação, e estímulo à exportação, o que também sucede dentro dos próprios grupos formados, entre os países componentes, mas em menor escala. O definitivo rompimento de barreiras efetuado pela globalização, e que é irreversível, é mesmo aquele proporcionado na esfera das comunicações.

Há um notável inter-relacionamento do ponto de vista cultural. O acesso às comunicações transforma o mundo na denominada aldeia global, ao mesmo tempo que permite que os costumes e as características dos povos sejam de amplo conhecimento, contribuindo para o desenvolvimento e para a necessidade de um direito único dos povos. Mas, antes, o rompimento formal das fronteiras pela rápida e eficiente comunicação faz com que a propaganda seja um instrumento fomentador do surgimento de novas demandas e nichos mercadológicos, transmitindo a oferta de novos produtos e incutindo o desejo de consumo em cada vez mais pessoas. Sob o manto de unir os povos pelo poder da palavra (internet, TV via satélite, comunicações através de fibra ótica, etc.), transmite-se, também, a oferta de produtos e serviços, criando-se a necessidade de seu consumo. A necessidade pode ser conceituada como a privação de um bem, e a categoria dos bens sofre incremento diário, fruto da atuação das técnicas de *marketing* que açulam a vontade humana a agregar cada vez mais bens materiais, ainda que perfeitamente dispensáveis. A facilidade nas comunicações permite surgir a mesma necessidade, do mesmo produto, a todos

os povos. Dessa forma, o automóvel que aqui se faz é o mesmo desejado pelo consumidor alemão, o DVD-player japonês é o mesmo almejado pelo cidadão norte-americano e assim por diante. Há o aumento do mercado e a diminuição de propostas alternativas ou similares.

Não é recente a discussão acerca da influência do conteúdo econômico no Direito, mormente quando se cuida do Direito Penal. Se é verdade que na mais perfeita das sociedades, na mais igual delas, a indígena, há existência do crime, demonstrando que os fatores criminógenos não se restringem aos fatores de ordem econômica, por outro lado, é inegável que quanto mais desemprego, quanto mais desigualdade social, consequência esta da desigualdade econômica, maior é o crescimento da taxa de criminalidade dentro de uma sociedade. Nesse sentido, a globalização tem contribuído para o crescimento da criminalidade. Tome-se como exemplo a volatilidade dos investimentos nos países que outrora foram chamados de terceiro mundo e que agora ganharam a simpática alcunha de *emergentes*. Não existem mais nações poderosas, nações ricas, mas sim conglomerados econômicos que conseguem movimentar quantidades de riqueza muito maiores do que alguns países podem dispor. Acontece que algumas dessas conglomerações são potências econômicas muito mais fortes do que alguns países que conhecemos. Isso acontece porque o fenômeno da globalização permite o fim das fronteiras, a riqueza transcende o limite dos países, ao mesmo tempo que concentra o poderio econômico na mão de cada vez menos pessoas, concentrando também a riqueza.

A diminuição das taxas de importação e a facilidade para o comércio global; a criação de necessidades por meio da propaganda, fazendo surgir uma igual demanda em todo o planeta; ao mesmo tempo que a busca pela competitividade entre as empresas faz com que procurem fixar-se onde possam reduzir seus custos e aumentar a sua produtividade; tudo isso causa um sério risco para as garantias trabalhistas e, consequentemente, um risco ao emprego e o aumento da criminalidade como um todo.

Ora, essas empresas logicamente procuram países em que o sindicalismo é menos desenvolvido e onde a legislação trabalhista seja a mais flexível possível, de modo a reduzir seus custos com insumos para a produção. Essa mudança também pode se refletir na competitividade entre os países, de modo a fazer com que os conglomerados busquem instalar suas fábricas onde possam colher favores fiscais e trabalhistas, por isso a tendência hodierna de alteração das leis sobre trabalho e a guerra de subsídios à indústria. Esse fenômeno pode ser sentido, inclusive, dentro do estado federado, com a competição dos estados membros pela captação de indústrias e outras iniciativas privadas que possam proporcionar

emprego. A arma utilizada faz emergir uma verdadeira *guerra fiscal*, com renúncia na arrecadação, comprometendo o próprio pacto federativo, na medida em que se impõe a desigualdade entre os estados membros, pois aquele que se encontra melhor financeiramente poderá arcar com a deficiência na arrecadação, compensada pelos dividendos políticos obtidos com o crescimento da economia, ainda que seja aparente. De outro lado, o estado membro menos estruturado em suas finanças, além de não ser destinatário, perde o investimento da iniciativa privada, de modo que, a longo prazo, passa a ver frustrada a possibilidade de aumento de sua arrecadação e de crescimento econômico.

Como consequência da transferência de investimentos de um para outro local, teremos um inchaço do desemprego e queda de qualidade de vida de alguns povos. Isso explica a preferência de alguns segmentos econômicos em fixar fora da sede o seu parque produtivo. Por exemplo, tome-se a indústria automotiva em locais como o Brasil, onde aqui está o parque produtivo, mas a matriz empresarial é estrangeira. Aliás, a nacionalidade dessas empresas é meramente formal, uma vez que essas multinacionais ou transnacionais não se submetem à soberania de determinado Estado; são verdadeiramente apátridas. As diretrizes operacionais são orientadas por seus próprios interesses, independentemente do Estado nacional originário. A qualidade de transnacional permite que pertençam ao mundo, ao mesmo tempo que não são de nenhum Estado nacional específico. Elas têm a sua própria configuração internacional.

Ao contrário de tempos atrás, o sindicalismo agora luta pela manutenção do emprego e não mais pelo aumento dos salários e melhores condições de trabalho. É que, se assim não fosse, com a mesma facilidade com que aportam em determinado país, esses capitais estrangeiros rumam para um outro paraíso, sem se preocupar com as mazelas sociais que deixam para trás, em virtude do desemprego provocado. A título de ilustração, veja-se a própria indústria automobilística, que recentemente fixou novos representantes nos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná. No caso de Minas Gerais, a nova fábrica, incumbida inicialmente da produção de um veículo mais simples, diverso do que normalmente compreende os seus padrões, tinha produção exclusivamente destinada ao mercado nacional, mas agora também dedica-se à produção de um automóvel de luxo, que, pelo seu valor, sequer se cogitou de ser comercializado no país tupiniquim. Sua produção é dirigida somente à exportação. A preferência desse segmento industrial pelo Brasil é de fácil percepção: mão-de-obra barata e incentivos fiscais. Mas não se tem garantia de que esses investimentos venham a aqui permanecer por muito tempo. Mais uma vez, recorrendo-se ao exemplo do que acontece nas Gerais, noticia-se que a comercialização do veículo mais barato não é aquela esperada; sinal disso, a busca de um novo produto destinado exclusivamente ao exterior. Recuperado o investimento inicial e sem novas perspectivas, certamente haverá espaço para a busca de um novo veio a ser explorado além-mar, colhendo o investidor internacional o lucro empresarial pelo tempo que aqui sediou sua produção, correspondente ao seu bônus e relegando ao país abandonado o ônus social decorrente de sua retirada.

Essas digressões denotam, então, que o fenômeno econômico pode produzir mazelas sociais, ainda que se partindo de uma perspectiva *macroeconômica*, de uma atuação econômica mundial, porque os reflexos, que aparentemente estão longe do cotidiano das pessoas, fazem-se presentes através da repetição daquele fenômeno, nos mesmos moldes, só que já numa esfera *microeconômica*. Isso devido à interação econômica existente.

3 O reflexo no direito penal

Pois bem, tem-se, então, que se está a passar por profundas transformações de conteúdo econômico. Há, em decorrência desse fenômeno global, um aumento da criminalidade de forma geral, criminalidade violenta e não violenta, causadas pela instabilidade econômica, fruto da luta pela sobrevivência no mercado, proporcionando um novo perfil dos agentes econômicos, como vem ocorrendo com as fusões de empresas e os fenômenos que a elas sucedem.

3.1 Criminalidade, capitalismo e resposta penal

Há algum tempo, já se vinha sentindo o reflexo da economia capitalista no Direito Penal. Os crimes vinculados às relações oriundas do capitalismo vinham aparecendo e sofrendo um incremento. Havia uma antiga e romântica previsão do festejado penalista Nélson Hungria, no sentido de que o que os crimes do futuro seriam os crimes dos batedores de carteira, os crimes baseados na argúcia e na habilidade; não foi o que aconteceu. O aumento da criminalidade encontra registro na criminalidade com violência. No entanto, juntamente com esta, cresceram os chamados crimes de colarinho branco, os crimes contra o meio ambiente, os crimes contra a economia popular, os crimes falimentares, todos guardando íntima relação com a evolução do capitalismo.

O fenômeno criminal, como um todo, tem relação com o desenvolvimento das relações lastreadas no capital, o que abrange os crimes sem conteúdo econômico e marcados por violência contra a pessoa. A perversidade do conflito capital-trabalho reflete-se nas relações humanas dele decorrentes. A busca pelo "ter" e a dificuldade do "conseguir" tiram do indivíduo a noção do certo e do errado, retiram-lhe os parâmetros de conduta social, de censura, causam um cisma no sistema de valores, ainda que do ponto de vista moral. A luta pela sobrevivência, a competitividade, que é vista como algo saudável e é estimulada como valor, tornam tênues os limites do aceitável e do inaceitável, do lícito e do ilícito, fazendo com que o indivíduo tenha diminuída a sua capacidade de frear seus impulsos, mesmo aqueles mais bestiais, proporcionando a prática de atos que ele próprio, normalmente, teria como inaceitáveis. Essa é uma das explicações para alguns crimes contra os costumes, como o de estupro, normalmente desprovido de fim econômico; para

alguns crimes patrimoniais permeados por violência exacerbada; para a prática de homicídios recheados de perversidade, entre outras práticas ilícitas.

Portanto, temos um quadro novo da criminalidade com duas características básicas: de um lado, crimes econômicos; de outro, crimes com violência desregrada. E a estrutura estatal repressiva continua a mesma. Do ponto de vista material, a persecução penal volta-se, notadamente, para os crimes contra a vida, o patrimônio, os costumes, o uso de substâncias entorpecentes; portanto, para o criminoso e não para o crime. Não há uma estrutura investigativa hábil a dismantelar organizações criminosas, nem desvendar delitos econômicos de maior complexidade. Os operadores do sistema ficaram alheios às transformações econômicas, sem compreender, a contento, as novas e intrincadas relações decorrentes da evolução do capitalismo. As penas de curta duração e a inabilidade da Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário em lidar com essa nova faceta da delinquência permitem que tais crimes caiam na vala comum da prescrição e da impunidade, isso, quando descobertos.¹

Fazendo um contraponto, a evolução do Direito Penal é caracterizada pela procura cada vez maior de cercear a intervenção penal nos fenômenos sociais, buscando guarnecer a proporcionalidade que a repressão do delito deve conter. Numa concepção quase utópica, poder-se-ia dizer que a evolução do Direito Penal desaguarda no seu ocaso.

Dessa forma, incrementa-se uma nova discussão acerca dos limites do bem jurídico, acerca dos limites e da conceituação do delito, com um enfoque cada vez mais acentuado para a questão da culpabilidade. Há uma grande preocupação em resguardar o Direito Penal para aquelas condutas que realmente necessitem de sua intervenção, diminuindo a invocação do Direito Penal de máxima intervenção, do Direito Penal meramente funcional e retribucionista, clamando-se pela aplicação de um Direito Penal de mínima intervenção, posicionando o Direito Penal como forma de controle social de *ultima ratio*.

Sinal disso é o surgimento de movimentos como o das contra-ordenações, em Portugal, Alemanha e Espanha, destinados a retirar do Direito Penal aquelas condutas que já eram tidas como de menor repercussão criminal: as contravenções, transferindo a repressão estatal para outro ramo do Direito (despenalização), notadamente para o Direito Administrativo, de modo a se cogitar do surgimento de uma especialização desse ramo do Direito, de um Direito Administrativo-Penal, informado pelas garantias do Direito Penal

¹ "Estranhamente, enquanto em outros campos a sociedade pós-industrial contemporânea tem feito enormes progressos, a Justiça Criminal, apesar de frequentemente rejuvenescida e melhorada, continua estrutural e formalmente o que era em fins do século XIX e começos do século XX, isto é, girando quase exclusivamente em torno do delinquente. Correção, reajustamento, reeducação e coisas semelhantes, mas também repressão mais severa e pena capital, ainda estão sendo defendidas, e ainda são uma realidade. A denominada 'polícia criminal e criminológica radial' fracassou, o que se deveu principalmente à sua orientação ideológica unilateral." (LÓPEZ-REY. Necessidade de uma nova ordem internacional - nacional da justiça criminal, p.212)

e pela capacidade sancionatória do Direito Administrativo (simplicidade de julgamento e de penas).

Há mais, ganha corpo a discussão sobre a teoria da imputação objetiva², de ampla aplicação no continente europeu, mas ainda nova abaixo do Equador. Teoria essa que, a despeito de sua nomenclatura, não busca uma responsabilidade do autor, mas reclama uma discussão sobre a relação causal do delito, com vistas a discutir a própria tipicidade da conduta, almejando a revisão dos critérios rígidos da teoria da *conditio sine qua non*, mitigada apenas pela dosagem do dolo e da culpa e pela teoria do domínio do fato. Ao mesmo tempo que surge como forma de aperfeiçoamento da tipificação de condutas, apresenta-se revestida de certa inocuidade, pois a sua aplicação praticamente alcança o mesmo resultado das teorias tradicionais, denotando muito mais o inconformismo e a reação dos teóricos do Direito a um processo de incriminação exagerada, reação a um Direito Penal que chamaríamos de *Direito Penal hard*, do que propriamente uma evolução do pensamento científico em sede criminal. Peca, inclusive, porque se reduz ao casuismo de explicar determinadas situações fáticas, o que não se presta a estruturar uma teoria, que como tal deve ter a pretensão de abranger situações não identificadas, já que os postulados teóricos caracterizam-se pela marca da generalidade.

O que se vislumbra diante desse fenômeno antagônico de aumento do crime do ponto de vista quantitativo e sua variação qualitativa, diante de uma tendência científica de redução do papel do Direito Penal, é um confronto entre a evolução teórica do próprio Direito Penal com a evolução ética experimentada pela sociedade. O Direito Penal é tomado no sentido de cada vez mais ser utilizado em menor proporção como instrumento regulador da sociedade, como resultado da evolução que ela própria deveria ter, no sentido ético e filosófico, e a constatação da inexistência material dessa evolução. Acontece que o esperado seria que o homem assumisse cada vez mais a consciência de sua existência como ser racional, afastando práticas que atingissem a dignidade humana, de modo que os ilícitos criminais tivessem reduzido seu conteúdo de violência. A luta pela preservação da dignidade humana deixou a existência etérea e principiológica para assumir conteúdo normativo orientador entre nós, o que se perfaz pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto 678, de 06/11/92, e pela própria *Constituição Cidadã*, de 1988.

Tal desproporcionada evolução pode ser sentida e exemplificada, também, pela evolução da aplicação das penas, que perdem a cada dia o conteúdo corporal, assumindo

² É Damásio de Jesus quem assevera: "Sem abandonar o finalismo, passamos a adotar a teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido". JESUS. *Imputação objetiva*, p.17.² É Damásio de Jesus quem assevera: "Sem abandonar o finalismo, passamos a adotar a teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido". JESUS. *Imputação objetiva*, p.17.

novas formas de sanção. Abandonaram-se, com o tempo, as penas de morte, açoite, mutilação, e diminuiu-se a restrição da liberdade, surgindo novas formas de expiação: as penas restritivas de direitos, que alguns preferem chamar de penas alternativas, justamente por constituírem uma alternativa à pena de prisão. Não se perde de vista que o aumento e a diversificação da criminalidade decorrem da nova moldura econômica e a ela deve ser reputada, de modo que a solução para o novo fenômeno criminoso deve ser combatido na origem e não com formas paliativas, invocadas por meio do Direito Penal. De outro lado, principalmente no que diz respeito à criminalidade violenta, grassa no seio social profundo sentimento de insegurança diante da ineficácia do aparelho estatal preventivo e repressivo na sua missão de conter a evolução criminal, o que suscita o clamor de se recorrer ao último e mais forte sistema de controle social: o Direito Penal, utilizando-o para abarcar as novas condutas surgidas e aumentar o grau de censura sobre os ilícitos de especial violência que insistem em crescer.³ Em resumo, as sanções evoluem tentando adaptar-se às novas facetas da criminalidade, mas, ao lado da evolução do crime, a sociedade e o homem mantêm grau notável de involução, o que se faz perceber pela manutenção de delitos que chocam a existência humana.

Como se sabe, grosso modo, pode-se dizer que no início dos tempos o Direito surgiu como um todo único e indivisível, e que, com o aprimoramento das relações humanas, essa imensa árvore foi permitindo o surgimento de ramos especializados. No começo, existia o Direito Penal e o direito extrapenal. O estudo da pena pode proporcionar uma visão do desenvolvimento do estudo do Direito Penal em confronto com o desenvolvimento da própria humanidade. As penas continham um caráter corporal muito mais acentuado do que temos hoje. É verdade que, em algumas sociedades, ainda se admitem penas como o açoite, a prisão perpétua, e até a pena de morte. No entanto, o que mais se tem visto no mundo, que se autoproclama civilizado, é o decréscimo das penas de conteúdo corporal e o aumento de penas ou medidas denominadas alternativas, que buscam a retribuição da conduta com a prevenção especial e geral através de penas sem o conteúdo corporal e aflitivo, e aplicação de medidas outras que chegam a evitar o próprio processo penal. Foucault relata em *Vigiar e Punir* a evolução das penas. A princípio, a aflição tinha de ser pública, a aplicação da pena era verdadeiro espetáculo, o terror que deveriam provocar, com vistas a uma prevenção de conteúdo geral, na verdade, converteu-se no divertimento dos espectadores, como sucedia nas arenas romanas. O desenvolvimento

³ "O fato é que o medo do crime, seja ou não o tradicional, é uma das principais características da sociedade contemporânea, notando-se que essa característica haverá de se acentuar num futuro próximo, se uma nova ordem de Justiça Criminal internacional-nacional não for instituída." LÓPEZ-REY. Necessidade de uma nova ordem internacional-nacional da justiça criminal, p. 212.

das relações humanas foi fazendo com que determinadas penas perdessem o seu sentido, já que a pena deixou de ter enfoque individual, o enfoque da vingança privada, para assumir uma concepção social, uma concepção de prevenção do crime e de educação do indivíduo. Nessa perspectiva, perdeu efeito o espetáculo da aplicação das penas, ganhando elas, então, uma dimensão social e não mais meramente individual. O desenvolvimento das sociedades foi, então, acentuando o afastamento da barbárie na aplicação das penas. Aliás, um dos critérios para se auferir o grau de desenvolvimento de determinada sociedade consiste no banimento de hábitos bárbaros.⁴

O surgimento de penas de menor conteúdo corporal não é condizente com a continuidade ou até com o surgimento de crimes que provocam acentuado clamor, em virtude do grau de perversidade com os quais são revestidos. Tome-se, como exemplo, o estupro seguido de morte, o seqüestro seguido de morte, o homicídio qualificado e outros crimes que chegaram a ser denominados pela lei brasileira de hediondos. Assim, pode-se dizer que a sociedade humana experimentou um desenvolvimento desproporcional entre os crimes e as penas. Pelo que se percebe, a humanidade não atravessou uma evolução do ponto de vista ético e filosófico, o que aconteceu foi o surgimento de uma nova criminalidade, de uma criminalidade especializada, de uma criminalidade econômica, a necessitar de penas adequadas à sua reprovação e não o desaparecimento ou diminuição de uma criminalidade violenta, mas a manutenção de sua existência aliada à nova modalidade de crime. Talvez se possa falar mesmo em seu incremento, diante até do aumento da população mundial.

Ainda persistem os delitos informados de violência exagerada, cujos autores estão indiferentes à ameaça de sanção, ainda que corporal. Em síntese, não se pode afirmar que o ser humano evoluiu no sentido ético, afastando práticas bárbaras, como deveria ser o curso normal das coisas, pois ainda permanecem os crimes permeados de violência desregrada e requintes de crueldade, enquanto que as penas experimentaram a evolução que deveria existir. Contudo, a evolução da pena consistiu em adaptação à nova modalidade de crime e não em ajuste da repressão à criminalidade existente, de modo que as medidas alternativas à pena de prisão não podem servir de parâmetro para se auferir a evolução da sociedade.

Com efeito, sabe-se que a parte do corpo humano que mais se faz sensível a qualquer forma de expiação é o bolso. Mas as sanções de natureza pecuniária, exemplos dessa nova modalidade de pena, desprovidas da expiação corporal, somente são eficazes

⁴ FELIPETO. O suplício das penas.

para aqueles que detêm condição econômica, para aqueles que não se incluem no rol dos chamados excluídos⁵ (FRANCO. 2000: 114). De outra parte, aquele que nada tem nada pode expiar com o sofrimento do bolso; para estes, ainda se deve impor a falida pena corporal, por absoluta falta de outra alternativa.

Aliás, nesse sentido não é incongruente a maior presença do Direito Penal, quando se percebe que a evolução humana não vem guardando proporcionalidade com a evolução criminal, como seria desejável e natural, pois esta vem sendo marcada por uma violência desregrada, aviltante da condição humana, sendo certo, para estas circunstâncias, um Direito Penal de maior funcionalidade. Talvez, por causa disso, Miguel Reale Júnior sustente, na exposição de motivos do projeto de reforma da parte geral do Código Penal, que não se deve falar de Direito Penal de intervenção mínima, nem máxima, mas de um *Direito Penal eficaz*. Eficaz na medida em que deve afastar os expedientes improdutivos para conter o fenômeno do crime, no que diz respeito à atuação do Direito Penal, buscando efetivar a aplicação da lei penal e o cumprimento da sanção imposta, com o escopo de reduzir o sentimento social de impunidade, de modo a proporcionar que o Direito Penal possa exercer realmente a sua missão de instrumento regulador da sociedade. Essa, ao menos, a característica que tenta emprestar ao projeto já encaminhado ao Congresso Nacional, mas que na verdade contém características cerceadoras da intervenção penal, como a que se faz sentir com a redação proposta ao art. 12 do Código Penal, de modo a tornar, ao menos questionável, a manutenção da vigência da Lei de Crimes Hediondos, no que diz respeito à possibilidade de progressão de regime de pena.

⁵ "Exclusão é o conceito sociológico representativo da pobreza 'que se encontra no interior da sociedade moderna: sem residência não há trabalho; sem trabalho não há residência; sem residência e sem trabalho, não há democracia'. Em duas décadas, a produção mundial aumentou de 4 para 23 trilhões de dólares e o número de pobres aumentou em 20%. A participação na renda mundial dos 20% mais pobres caiu de 4 para 1%, entre 1960 e 1990. Por outro lado, 358 multimilionários possuem hoje mais do que ganha a metade de toda a humanidade. E ainda que isso encontre pouco interesse, morrem todos os dias em todo o mundo mais de 35 mil crianças, não por causa de catástrofes naturais como tufões ou inundações, mas sim devido a doenças da civilização, que são relativamente fáceis de evitar ou curar (pneumonia, diarreia, malária, tétano, varíola, coqueluche). Em dois anos morrem, portanto, mais crianças do que o número de americanos mortos na guerra do Vietnã (58 mil). Na Alemanha, vivem mais de sete milhões de pessoas à margem do bem-estar: é o próprio centro, aparentemente seguro da sociedade, que está ameaçado de decadência. Tanto nos Estados Unidos como nos países europeus comunitários cresce a preocupação com esse cenário social e político de um processo, em aumento, de rotura entre pobreza e riqueza no interior dos países e entre países, cenário que coloca, em nível mais elevado da economia e da política, a necessidade de perguntar-se: quanta pobreza pode suportar a democracia?" BECK, Ulrich. *Qué es la globalización?* BARCELONA: Paidós, 1998.

3.2 Balizas para a intervenção penal

O Direito Penal, então, desenvolveu mecanismos para resguardar a sua atuação, afastando as ingerências do econômico do mundo do Direito. O mais significativo dos princípios que vem ganhando ênfase nos últimos tempos é o princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima consiste em assegurar que o Direito Penal somente seja chamado a intervir nos casos extremos de violação social. Sabe-se que o Direito é instrumento controlador das relações sociais e o Direito Penal, em especial, por cuidar dos bens mais caros aos homens, quais sejam, a liberdade e a vida, somente deve ser invocado em casos de extrema necessidade, os quais se caracterizam quando outros instrumentos de controle social mostram-se ineficazes para viabilizar a manutenção da coesão social. O ilícito criminal é um ato que atenta contra a coesão social, contra a viabilidade da vida em sociedade; e é por isso que se justifica a intervenção do Direito Penal. Mas o Direito Penal não se destina a regulamentar toda e qualquer relação social, por isso deve ser invocado somente quando outros instrumentos de controle mostram-se inócuos, porque à extrema violação social deve corresponder uma extrema resposta estatal.

O princípio da intervenção mínima completa-se no princípio da fragmentariedade do Direito Penal, a permitir que este tenha sob seus cuidados apenas aquelas ações de danosidade social especial, de modo que se fragmentem, que se extraiam do Direito Penal aquelas condutas que não assumam esse perfil de extrema ameaça ou dano ao bem jurídico.

Como consequência do aperfeiçoamento desses princípios, constata-se o crescimento de um movimento pela descriminalização de condutas, que se faz sentir entre nós, de forma tênue, desde que as contravenções passaram a ser submetidas a tratamento especial pela Lei 9.099/95 (Leis dos Juizados Especiais), que as equiparou a *delitos de menor potencial ofensivo*.

Significativo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, julgando Recurso Ordinário no HC 80.362-8, quando decidiu, por maioria, ter havido a derrogação do art. 32/LCP, resguardando-se exclusivamente ao Código de Trânsito Brasileiro o trato das questões pertinentes aos crimes praticados em vias de tráfego. É o que se extrai do Informativo 217/STF: *"Concluído o julgamento de recurso ordinário em habeas corpus em que se discutia se o art. 32 da Lei de Contravenções Penais ('Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas') teria sido revogado pelo art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro ('dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano') -v. Informativo 216. O Tribunal deu provimento ao recurso para deferir o habeas corpus, por entender que o CTB (Lei 9.503/97), ao regular inteiramente o Direito Penal de trânsito*

nas vias terrestres do território nacional, derogou parcialmente o citado art. 32 (remanesce o dispositivo na parte em que se refere à embarcação a motor em águas públicas). O Min. Ilmar Galvão, relator, retificou o seu voto para dar provimento ao recurso”.

O que chama a atenção é que a derrogação fixada pelo STF teve inspiração também no princípio da intervenção mínima, que preconiza a utilização do Direito Penal apenas como *ultima ratio*. Cumpre lembrar, no entanto, que o Direito Penal é erigido sobre as bases das garantias individuais (princípio da legalidade, da irretroatividade da lei, da ausência de pena sem prévia cominação legal, etc.), e sua história se confunde com a história do indivíduo contra o Estado onipotente. A nova ordem mundial reclama, com razão, que o Direito Penal deixe de preocupar-se com delitos menores. Mas, em vez do que se espera, não ocorre o simples fenômeno da *descriminalização*, mas outro semelhante, da *despenalização*, já que os ilícitos acabam por persistir, puníveis sob outra órbita do Direito, normalmente o Direito Administrativo.

As premissas do Direito Administrativo não coincidem com as do Direito Penal ou Processual Penal. É de se ver que o Direito Administrativo fulcra-se na presunção de legitimidade e veracidade, bem como na auto-executoriedade do ato administrativo, decorrentes do *jus imperi* do Estado. Quando a contravenção de falta de habilitação passa a ilícito administrativo, implementa-se a inversão do ônus da prova, porquanto, se no Direito Penal havia o Estado de comprovar a culpabilidade do agente, agora é o indivíduo que tem de se demonstrar inocente. Há nítida supressão de garantia e, em matéria de garantias individuais, é sempre bom lembrar o perigo que decorre do precedente, que abre ensanchas para a dispensa de outras garantias. É preocupante um movimento extremado de despenalização e fortalecimento do Direito Administrativo, sem prévia discussão sobre as bases dessa transformação. É importante proporcionar o implemento da capacidade sancionatória do Direito Administrativo, com a simplicidade de suas penas, mas não se pode descurar de preservar as garantias inerentes ao Direito Penal, como forma de preservação do próprio indivíduo.

Por isso, há necessidade de adaptação da transição do ilícito criminal para o administrativo, que talvez encontrasse sucesso em um *Direito Penal Administrativo*,⁶ ramo do Direito de coercibilidade penal mitigada (adequação das sanções), mas de garantia individual privilegiada (garantias processuais). Fala-se, também, em direito de intervenção.⁷

⁶ James Goldschmidt foi quem propôs na Alemanha a segregação de um direito penal administrativo do direito penal. CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español*, p.44.

⁷ “O direito de intervenção proposto por Hassemer é uma dessas alternativas: ‘Este direito de intervenção estaria situado entre o Direito Penal e o Direito sancionatório administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do Direito Penal, mas também com menos intensidade nas sanções que pudessem ser impostas aos indivíduos.’” FRANCO. *Globalização e criminalidade dos poderosos*, p.131.

Paradoxalmente, registre-se o desenvolvimento de uma tendência retribucionista acentuada do Direito Penal, do chamado Direito Penal simbólico, que, ao contrário, busca uma maior intervenção do Direito Penal, como se este fosse o instrumento único capaz de resolver as mazelas sociais, corporificadas no fenômeno do crime.

Nesse sentido, é interessante o fenômeno legislativo brasileiro ocorrido na década de 90, caracterizado por uma legislação incriminadora, abrangendo situações anteriormente não contempladas e também exasperadora de penas, aumentando o *quantum* temporal das penas corporais, impondo restrições à obtenção de benefícios na execução de penas de alguns delitos, suprimindo garantias processuais e criando situações esdrúxulas, não raro, com ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Tal fenômeno, entre nós, e como salientado, ganhou incremento a partir de 1990, em decorrência de um fato individualizado: o seqüestro do empresário Abílio Diniz. Mas a semente já se encontrava plantada no texto constitucional de 1988, com a criação dos delitos chamados de hediondos. Isso foi resultado de um movimento mundial conhecido por movimento da lei e da ordem (*Law and Order*), surgido nos anos setenta e originário de fatos sociais relevantes, tais como o crescimento da criminalidade violenta contra os mais afortunados (roubos a bancos, seqüestros e outros); do terrorismo político; do tráfico de drogas; do crime organizado; da pequena criminalidade que ataca a maior parte da população (furtos e roubos); da consciência do incremento da violência, proporcionada pela exploração dos fatos pelos órgãos de mídia; entre outros fatores.

A resposta estatal à constatação do novo perfil criminal fez-se por meio de uma legislação caracterizada pelo caráter retribucionista, partindo da concepção de que existia verdadeira anomia (falta de regras) e que a legislação penal exasperada seria o único instrumento capaz de corrigir a horda existente, daí o caráter funcionalista emprestado ao Direito Penal. Tais providências, de certa forma, serviam e servem de venda a impedir o diagnóstico das reais causas criminais. Não é nova a afirmação de que a melhor política criminal é uma política social, porque esta de fato reduz as diferenças e proporciona condições dignas de vida, atacando não só a febre, mas efetivamente a doença que causa tanto mal-estar.

Convém não olvidar que o Direito Penal, por sua principal fonte, a lei, não é o único instrumento de controle social e de solução dos problemas sociais, mas não deixa de ser um dos mais importantes. Desse modo, se temos febre elevada, o combate à doença deve acontecer em duas frentes, atacando-se o problema em si, mas também providenciando um bom *antitérmico* e *analgésicos*, soluções paliativas que permitam a sobrevivência e reação do organismo comprometido.

O tratamento proporcionado pela legislação penal é muito mais repressivo do que preventivo. É de se ver que a expectativa de prevenção geral é por demais reduzida, porque muitas vezes destina-se àquele denominado *homem de bem*, que normalmente já não se inclinaria para o mundo do crime. Acontece que esse indivíduo é que tem condições socioeconômicas de conhecer as dimensões de seus atos e de se autodeterminar. Não se está aqui falando de imputabilidade penal, mas sim daquele que, inserido no processo de produção, tem como exercer a cidadania, ao contrário daquele que engrossa as fileiras dos

excluídos, que recebem diversas nomenclaturas modernas: sem-casa, sem-teto, descamisados e outras, de sorte que o componente desses grupos não se consegue fazer inserir no mercado de trabalho e deve procurar formas alternativas para sobreviver. A pena nunca perdeu seu conteúdo retribucionista e de vingança pública; de ser um mal, correspondente ao mal causado, reminiscência de Kant e Hegel, e essa característica possui aspecto salutar, pois se presta até para evitar a vingança privada. A lei penal assume um novo papel em virtude do clamor por maior segurança. Se não há política voltada à prevenção criminal, mas existe política voltada para a repressão ao delito, não se deve afastar a aplicação da lei só porque ela constitui instrumento político de elites econômicas, indiferentes à realidade social e que buscam a proteção de parcela reduzida e privilegiada da sociedade, ou porque tal ação acontece em detrimento de parcela da sociedade, que, na verdade, é massa de manobra daquela elite.

Partindo de uma perspectiva macrocriminal para uma perspectiva individual do crime, é preciso desmascarar a maior intervenção penal, sem descuidar de proteger o indivíduo, aplicando as disposições, mesmo que draconianas, porquanto foram estipuladas, dentro das normas democráticas, como instrumentos a serem erigidos contra o aumento do crime. Esse, talvez, um dos grandes dilemas do operador do Direito: saciar com a vontade da lei o pleito retribucionista da vítima, que ao seu lado se posta, ou mitigar a vingança estatal, inspirado pela consciência dos fenômenos de causa e consequência da evolução desmedida do capital. Ou, ainda, optar por situação intermediária, criando critérios harmonizadores da lei com a necessidade do caso concreto.

Nesse aspecto, tome-se como exemplo os casos de roubo em que há dupla causa de aumento de pena, os chamados roubos *bi-qualificados*, normalmente praticados com o uso de arma e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal). Em uma visão puramente retribucionista, ao implemento de dupla causa de aumento de pena, haveria de suceder um aumento de pena superior a 1/3, que é a fração mínima cominada. Posição essa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸ De outro lado, existe considerável corrente jurisprudencial que propugna pela imposição do aumento de pena mínimo (1/3), mesmo havendo duas causas de aumento. Sustentam que, para acrescer a pena além do mínimo, seria preciso que o uso de armas fosse de grosso calibre ou em grande quantidade e que o número de agentes fosse excessivo, de molde a proporcionar maior perigo de dano ao bem jurídico. Essa a posição, por exemplo, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. No exemplo citado, a indagação que se faz é se seria *justa* a imposição de pena, senão igual, ao menos semelhante àqueles que praticaram um roubo sobre o qual incidem as duas causas especiais de aumento de pena, que se diferenciam em face do armamento usado, do perigo suportado pela vítima, pela excessiva quantidade de agentes e pelo prejuízo econômico suportado. A diferenciação é a opção adotada pelo Tribunal Estadual de Minas Gerais. Mas será que tal posição não coloca em risco a segurança jurídica decorrente do

⁸ STJ, T. 5ª, HC 10042/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 18/10/1999, p. 00246, j. de 21/09/1999. STJ, T. 6ª, HC 10474/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 08/03/2000, p. 00164, j. de 15/02/2000.

primado do império da lei, pois são eleitos critérios não vislumbrados no texto fruto de trabalho legislativo, e, assim, não se estará abdicando de impor resposta penal, prevista e desejada pela sociedade, impondo-se uma interpretação avessa à Lei?...

Não se quer fazer, aqui, um discurso em prol do movimento da lei e da ordem, mas, por outro lado, não se pode esquecer a origem dos fenômenos criminais que atormentam a sociedade moderna. Entretanto, impõe lembrar que, em Direito, o melhor norte é o do bom senso, de sorte que, não obstante as críticas à intervenção penal, se esta tiver de se efetivar, haverá de ser de forma intensa sim ou, pelo menos, *eficaz*, para viabilizar o convívio social.

4 Conclusão

Por todas as digressões feitas, partindo-se de uma comparação entre a evolução do quadro econômico mundial, da ética da sociedade e do fenômeno criminológico, conclui-se que existe uma íntima relação a interligá-los, que se processa não só sob o ponto de vista quantitativo, expresso pelo aumento da criminalidade, como também sob o prisma qualitativo, com o surgimento de uma criminalidade estreitamente ligada à evolução das práticas capitalistas e também de uma criminalidade mais violenta.

Em contraposição a esse fenômeno, constata-se a existência de duas vertentes buscando uma resposta, ambas com o objetivo de minimizar as causas e conseqüências do crime, para proporcionar uma maior tranquilidade social. A primeira, fruto do pensamento científico, clamando por um maior regramento da atuação penal, acompanhada pela busca de novas formas de expiação, mais condizentes com as características dos crimes de conteúdo econômico, consciente da ineficácia da pena restritiva de liberdade e de que essa nova criminalidade tem contorno econômico, resultante da ação de pequenas elites, em detrimento de uma grande parcela da população, de modo a proteger o Direito Penal de sua utilização como instrumento de elites econômicas descompromissadas socialmente. Neste último aspecto, esta primeira orientação constitui resposta também à segunda vertente aludida, porquanto é esta fruto da atuação dos detentores do poder econômico e de uma casta econômica intermediária, que se vê utilizada pelos primeiros. A segunda vertente, ao contrário, pauta-se por um recrudescimento penal: mais penas, mais crimes, menos benefícios de cumprimento de pena. É o uso de mão forte para a contenção criminal, inspirada

na existência de caos social que somente pode ser resolvido pelo Direito Penal. Tem em seu favor o fato de que, mesmo considerando que o crime tem essa origem econômica, não se pode deixar de constatar a realidade fática, clamando por uma resposta estatal mais eficaz, uma vez que aquela mencionada casta econômica intermediária é que se vê como a mais atingida pela crescente criminalidade, surgindo forte necessidade de segurança, até para que se evite que a sociedade mesma procure formas alternativas de proteção, valendo-se, quiçá, da sua própria justiça.

Essa dicotomia é uma constante, tal qual a ação e a reação no mundo da física. A uma intervenção legal maior corresponde uma proposta exegética mitigadora. No centro, o operador do Direito, que se vê premido por ambas as forças, havendo de se posicionar em decorrência de seu mister. Para nós, é preciso não perder a perspectiva maior dos acontecimentos, mas também não se pode simplesmente desprezar o texto legal. A influência política e legislativa deve ser exercida em campo próprio, na áspera aplicação da lei, atendendo-se à inspiração do legislador, mesmo que perdida da orientação do Direito Penal mundial, porque as realidades sociais e culturais ainda não são globais, havendo de ser preservada a autonomia dos Poderes, com o resguardo dos respectivos papéis, sob pena de se perderem as conquistas duramente conseguidas nesses séculos, sobretudo no que diz respeito ao direito à liberdade em suas mais amplas formas.

Referências Bibliográficas

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.8, n.32, p.297-310, out./dez. 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FELIPETO, Rogério. O suplício das penas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.84, n. 713, p. 447/454, mar. 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 31, p. 102 - 136, jul./set. 2000.

GOMES, Luís Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito Penal transnacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.8, n.31, p. 137 - 143, jul./set. 2000.

LÓPEZ-REY, Y. Arrojo Manuel. Necessidade de uma nova ordem internacional da justiça criminal. Tradução: Armida Bergamini Miotto. *Revista de Informação Legislativa*, v. 22, n.86, p. 205 - 212, abr./jun. 1985.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1997. v.1.

_____. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993.

QUEIROZ, Paulo. Crítica à teoria da imputação objetiva. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n. 11, p. 3-5, dez. 2000.

O PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

FABIO GUIMARÃES BENSOUSSAN

Procurador da Fazenda Nacional em Minas Gerais

É clássica a lição do Professor ANÍBAL BRUNO: a prática de um fato definido na lei como crime traz consigo a punibilidade, a aplicabilidade da pena que lhe é cominada abstratamente pela norma penal. No entanto, pode ocorrer que, após a realização de tal fato, surjam causas que, ao entender do legislador, impeçam o exercício desta mesma sanção¹. O Código Penal as disciplina em seu art. 107.

Porém, como é sabido por todos, referida norma não esgota a matéria, não contém um rol exaustivo das hipóteses de renúncia do direito de punir do Estado. Além de normas contidas no próprio Código, como por exemplo o ressarcimento do dano no peculato culposo (art. 312, parágrafo 3º.), há ainda leis extravagantes contendo outras hipóteses.

Neste sentido, o art. 34 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, dispõe que: "*Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*".

Assim, criou o legislador uma causa especial de extinção da punibilidade, aplicável a determinada categoria de delitos (crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo), consistente no arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, como causa de diminuição de pena para os demais crimes². A hipótese do art. 34 da Lei 9.249/95 soma-se àquela do peculato culposo, em que a reparação do dano precedente à sentença irreversível extingue a punibilidade (art. 312, parágrafo 3º., 1ª. parte, do CP)³.

A decisão política do legislador não é isenta de crítica, criando um claro privilégio. Há quem defenda, inclusive, a inconstitucionalidade da referida norma, por violar o princípio da igualdade, pois eventuais autores de outras

¹ BRUNO. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1.591

² EISELE. *Crimes contra a ordem tributária*, p. 94.

³ NABARRETE NETO. *Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária*, p. 178.

modalidades criminosas, em especial os crimes contra o patrimônio, ainda que ressarçam o dano causado pela conduta, não têm extintas suas punibilidades⁴.

Os maiores nomes do Direito Penal pátrio sempre criticaram a incorporação, por nosso ordenamento jurídico, da causa de extinção de punibilidade em análise, entendendo tratar-se de verdadeiro instrumento de impunidade. Neste sentido, FRAGOSO, MANOEL PEDRO PIMENTEL, entre outros⁵.

O presente trabalho não tecerá maiores considerações acerca da opção política tomada por ocasião da elaboração da referida norma, mas sim de um aspecto que vem causando celeuma entre os estudiosos e aplicadores do Direito.

Trata-se da aplicabilidade, ou não, do artigo supra-mencionado nas hipóteses de parcelamento de débito tributário. Com efeito, é importante salientar algumas decisões das mais Altas Cortes do País acerca do tema:

"Se os pacientes assinaram contrato de parcelamento dos débitos (...) compreende-se que, para efeito penal, promoveram o pagamento, inexistindo justa causa para a ação". (STJ, 5ª. Turma, HC 2.538/94-RS, rel. Min. Jesus Costa Lima)

"... entendemos que o parcelamento do débito, com a prova do regular pagamento das primeiras parcelas equivale à real promoção do pagamento, porque o próprio art. 14 (nota nossa: da Lei 8.137/90) não distingue se o promover é integral, ou parcelado, bastante, pois, tenha-se o ato concreto de pagar, e o parcelamento isto traduz, ainda que fracionado' (parecer do Dr. Cláudio Fontelles, lançado no proc. PGR 609/92-18, aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República) ..." (STF - rel. Min. Carlos Velloso - DJU 3.11.1994) apud sentença proferida pelo Juiz Roberto Santoro Facchini, da 2ª. Vara Federal Criminal em São Paulo, em 01.08.1996).

Os Tribunais Regionais Federais, por seu turno, vem adotando entendimento semelhante ao acima exposto, ressaltando-se o seguinte acórdão:

⁴ EISELE. *Crimes contra a ordem tributária*, p. 95.

⁵ Cf., por todos: CONRADO. O pagamento como causa da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, p. 91.

"Processo Penal. Delito Contra a Ordem Tributária. Lei 8.137/90. Parcelamento do Débito antes do Recebimento da Denúncia. Extinção da Punibilidade. Lei 9.249/95. Devedor Inadimplente com Parcelamento. Impossibilidade de Reprovação Penal.

1. *Verificado que o contribuinte efetuou o parcelamento da dívida com os cofres públicos antes do recebimento da peça acusatória, correta está a declaração de extinção de punibilidade por aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95, pois, para efeitos penais, há correspondência com o pagamento integral do débito.*

2. *Eventual inadimplência do acordo de parcelamento firmado não é passível de reprovação penal, pois a controvérsia ensejará solução em juízo apropriado, com sanções peculiares previstas, mas não mais na esfera criminal". (TRF da 4ª. Região, 1ª. Turma, HC 98.04.05264-4/RS, rel. Juiz Otávio Roberto Pamplona, DJU 13.05.1998).*

Por outro lado, já decidiu a Suprema Corte (RTJ 124/528) que o pagamento deve ser integral, para provocar a extinção da punibilidade.

Neste sentido, corretamente:

"A ocorrência de fato imputado ao indiciado se deu quando estava em vigor o art. 14 da Lei 8.137/90. Interpretação deste dispositivo legal. Se o art. 14 da Lei 8.137/90 exige, para extinção da punibilidade, o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, essa extinção só poderá ser decretada se o débito em causa for integralmente extinto pela sua satisfação, o que não ocorre antes de solvida a última parcela do pagamento fracionado. Assim, enquanto não extinto integralmente o débito pelo seu pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade em exame, podendo, portanto, se for o caso, ser recebida a denúncia". (STF - Inq. 1.028-6, rel. Min. Moreira Alves, DJU 30.08.1996).

As duas primeiras decisões citadas, salvo melhor juízo, parecem equivocadas, por confundirem institutos díspares.

A causa extintiva da punibilidade está jungida aos interesses fazendários

do Estado, que são objetos jurídicos tutelados pelo ordenamento penal.

O pagamento somente opera a extinção da punibilidade se verificado antes do recebimento da denúncia. Se efetuado posteriormente, poderá funcionar apenas como atenuante genérica, por ocasião da fixação da pena pelo Juiz, como dispõe o art. 65, III, "b", do Código Penal.

Evidentemente, o mero parcelamento temporal do débito vencido não pode operar como causa de extinção da punibilidade. Não se pode confundi-lo com o instituto do pagamento.

Recentemente, a Lei 9.964, de 10 de abril de 2000 (institui o Programa de Recuperação Fiscal - Refis) trouxe algumas novidades neste tópico. Vejamos, portanto, o artigo 15:

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 20. Da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

Parágrafo Primeiro. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Parágrafo Segundo. O disposto neste artigo aplica-se também:

I - a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II - aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

Parágrafo Terceiro. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Apenas algumas observações com relação à citada Lei: ocorre a suspensão (e não a extinção) da punibilidade quando da adesão ao Refis ou ao chamado Refis alternativo. A questão, evidentemente, que fatalmente surgirá será o da extensão, ou não, desta norma em relação aos demais débitos fiscais. Não se pode esquecer que o Refis destina-se a promover a recuperação de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas. Neste sentido, será importante acompanhar o desenvolvimento da jurisprudência.

É verdade que há quem entenda que o parcelamento do débito vencido elimina o dolo da conduta criminosa, tornando-a atípica. Mas, conforme coloca NABARRETE, não se pode compreender que um evento futuro descaracterize o elemento subjetivo de uma conduta passada⁶.

Outros autores defendem, ainda, que o referido parcelamento seria uma causa de suspensão do processo, até a quitação integral do débito. Novamente, parece haver equívoco em referida interpretação. A jurisdição penal não se suspende, salvo nos casos expressamente previstos na lei. O juiz não pode paralisar seu pronunciamento acerca do recebimento ou não da denúncia, aguardando o transcurso do prazo do parcelamento do débito e a conclusão do pagamento do tributo.

Cabe informar, a esse respeito, que o próprio Supremo Tribunal Federal (RHC 50.523-SP) já decidiu que o Poder Judiciário, nos crimes de sonegação fiscal, não está vinculado a decisão de instância administrativa.

Criticando a decisão do Superior Tribunal de Justiça transcrita no início do presente trabalho, afirmou-se que a mesma "carece de densidade jurídica, porquanto aquele [o parcelamento] nada mais é que a moratória, que suspende a exigibilidade do crédito tributário sem extingui-lo, ao passo que o pagamento, na forma do art. 156, I, do CTN, é hipótese de extinção do crédito tributário. São institutos diferentes que não poderiam produzir os mesmos efeitos"⁷.

Independentemente da natureza que se venha a conferir ao parcelamento, é curial definir o que seja pagamento. Na definição de DE PLÁCIDO E SILVA, significa o cumprimento ou satisfação daquilo que se deve e que forma o objeto da obrigação. Pagar é, desta forma, satisfazer o que se deve, o que redundará em cumprir o objeto da obrigação ou em satisfazer a prestação, ou solucionar a prestação⁸.

O que seria, então, o parcelamento? A questão, embora fuja da matéria penal, há de ser bem compreendida, pois implica, à toda evidência, na aplicação, ou não, de um importante instituto de direito penal, posto tratar-se de extinção de punibilidade.

Para alguns autores, tratar-se-ia de novação, forma de extinção de obrigação sem pagamento, o que inviabilizaria a aplicação da norma contida no art. 34 da lei em exame. Mas não parece esta corrente a mais correta, uma vez que a novação atinge a obrigação em seus elementos essenciais (sujeito, objeto

⁶ NABARRETE NETO. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. p. 176.

⁷ ANDRADE FILHO. *Direito penal tributário*, p. 152.

⁸ SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 305.

e vínculo jurídico). Na lição de CAIO MÁRIO, aqui a obrigação original extingue-se, nascendo outra. "Não há mera alteração ou modificação dos seus elementos secundários"⁹. Ora, na confissão de dívida acompanhada do parcelamento do débito vencido, a obrigação originária resta inatacada, sendo que a única alteração observável está no prazo do pagamento. Além disso, a novação é instituto de direito privado, não constando do Código Tributário Nacional como causa extintiva do crédito tributário¹⁰.

Para a configuração da novação, além da extinção da dívida originária e criação de dívida nova, é imprescindível o *animus* de novar, exigência esta explicitamente imposta pelo Código Civil, em seu art. 1.000.¹¹

E EISELE lembra que a obrigação tributária não se substitui por outra convencional, em face da indisponibilidade do objeto, que constitui receita pública¹².

Para outros autores¹², seria o parcelamento uma forma de amortização, que significa o resgate de uma dívida promovido de forma gradual, em sucessivas parcelas.

A maioria da doutrina parece entender tratar-se de hipótese de moratória. É o posicionamento de EISELE. Observe-se que esta hipótese não extingue a dívida, mas suspende a exigibilidade do crédito tributário. Logicamente, estaria de pronto afastada a incidência da norma do art. 34 da Lei 9.249/95 nos casos de parcelamento de débito tributário.

O mesmo autor, no entanto, faz uma observação: a Medida Provisória 1.571-6, de 25 de setembro de 1997 trazia (o artigo a seguir transcrito foi declarado inconstitucional, entendendo o STF, de modo irreparável, que tanto para definir determinada conduta humana como crime, como para excluir ou suspender a punibilidade do Estado em relação a certos comportamentos já tipificados como delitos, é indispensável a prévia manifestação dos representantes políticos dos cidadãos no Parlamento) hipótese de suspensão da aplicabilidade

⁹ PEREIRA. *Instituições de direito civil*, p. 160.

¹⁰ SILVA. O art. 34 da Lei 9.249/95 e o parcelamento do crédito tributário com início de cumprimento antes do recebimento da denúncia, p. 151.

¹¹ EISELE. Crimes contra a ordem tributária, p. 102.

¹² SILVA. O art. 34 da Lei 9.249/95 e o parcelamento do crédito tributário com início de cumprimento antes do recebimento da denúncia, p. 150.

da lei penal, enquanto se mantiverem adimplentes as partes beneficiárias do parcelamento:

"Art. 7º., parágrafo 7º. As dívidas provenientes das contribuições descontadas dos empregados e da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30 da Lei 8.212/91, poderão ser parceladas em até dezoito meses, sem redução da multa prevista no caput, ficando suspensa a aplicação da alínea d do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento."

E conclui: evidencia-se, pois, a diferença existente entre os institutos do parcelamento do débito (moratória) e o pagamento do mesmo. Se ambas as situações fossem idênticas, percebe com clareza o citado autor, a norma seria inócua, pois a punibilidade estaria extinta desde a concessão do parcelamento, inexistindo razão para se aguardar o pagamento das prestações acordadas. O fato de ter sido a citada norma declarada inconstitucional não retira o fundamento desta argumentação.

A presente questão é no entanto polêmica, conforme demonstrado anteriormente, com decisões em todos os sentidos na jurisprudência, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal. Interessante observar como a mesma envolve aspectos de direito penal (extinção de punibilidade), direito tributário e direito civil, realçando o caráter único do Direito.

Referências Bibliográficas

ANDRADE FILHO, Edmar de Oliveira. *Direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 1995.

BRUNO, Aníbal. In: SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. 1.

CONRADO, Paulo César. O pagamento como causa da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária: inconstitucionalidade do limitador temporal, posto pelo art. 34 da Lei 9.249/95. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n.30, p.85-99, mar.1998.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

NABARRETE NETO, André. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.5, n.17, p.172-179, jan./mar.1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2.

SILVA, Celso de Albuquerque. O art. 34 da Lei 9.249/95 e o parcelamento do crédito tributário com início de cumprimento antes do recebimento da denúncia. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, jan.1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3.

O PARQUET NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução - Da inconstitucionalidade como mera causa de pedir na Ação Civil Pública - Da legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos - Da inconstitucionalidade do raciocínio inverso - Da Taxa de Iluminação Pública como relação de consumo - 2 Conclusão

1 Introdução

O problema da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em virtude da ausência de um conceito preciso sobre os institutos, está longe do seu término.

Atualmente, os tribunais, mormente o Superior Tribunal de Justiça, vêm negando legitimidade ao *Parquet* para a propositura de Ação Civil Pública que tenha por escopo a defesa dos interesses individuais homogêneos, precipuamente quando o objeto litigioso da referida ação é a "Taxa de Iluminação Pública".

As respeitáveis decisões citadas têm por fundamentação, em compêndio, o seguinte:

1. o Ministério Público não pode aviar Ação Civil Pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, pois suas atribuições institucionais lhe deferem o poder de litigar tão-somente sobre a defesa de interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*;
2. a Ação Civil Pública não pode ser substituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade para obter o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei municipal, visto que a decisão proferida nesse sentido tem efeito *erga omnes*;
3. no caso da "Taxa de Iluminação Pública", a Ação Civil Pública não é a via adequada, tendo em vista que a relação jurídica ali estabelecida é tributária - entre a Fazenda Pública municipal e o contribuinte -, e não relação de consumo, já que não se confundem os conceitos de *contribuinte* e *consumidor*.

Em síntese, é essa argumentação utilizada na maioria dos julgados que não reconhece a legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública com o escopo de defender interesses individuais homogêneos, como

dito, máxime quando se trata de acoimar de ilegal a chamada "Taxa de Iluminação Pública".

Sem embargo do raciocínio utilizado nas argumentações que servem de fulcro aos acórdãos prolatados, entendo que uma perquirição mais acurada pode inverter o pensamento para o sentido de se deferir legitimidade ao *Parquet* no que diz respeito à defesa de interesses individuais.

Com efeito, a análise mais detida exporá alguns equívocos do pensamento hodiernamente dominante, sem que se tenha a pretensão de falar sobre verdade absoluta.

Da inconstitucionalidade como mera causa de pedir na ação civil pública

A primeira tese a ser analisada mais detidamente concerne ao fato de os tribunais asseverarem ser impossível a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que institui "Taxa de Iluminação Pública" em sede de Ação Civil Pública, utilizando-se, em regra, da argumentação segundo a qual a decisão proferida nessa seara possui efeito *erga omnes*.

No particular, entendo que nada mais correto, porquanto uma decisão no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade não possuirá efeitos tão-somente *inter partes*, e sim, por força expressa de lei, *erga omnes*.

De efeito, consubstancia-se inconcebível a tratativa de inconstitucionalidade nas ações civis públicas.

Todavia, o *punctum dolens* aí não reside, *permissa venia*.

A arguição de inconstitucionalidade realizada em sede de Ação Civil Pública, na maior parte das vezes, é trazida como mera causa de pedir, motivos que irão animar e dar base ao pedido. Este difere daquela, visto que se restringe à condenação do réu à obrigação de não fazer.

Portanto, incorre em profundo desvio de perspectiva o pensamento segundo o qual acoimar de inconstitucional uma lei seja a mesma coisa que pedir o reconhecimento ou declaração de sua inconstitucionalidade.

Dessarte, faz-se mister, primeiramente, distinguir *pedido* e *causa de pedir*, para a determinação de uma linha de raciocínio estreme de obscuridade.

J. J. Calmon de Passos esclarece, em brilhante escólio, a definição de *causa petendi*:

"Pode-se, conseqüentemente, dizer que a causa de pedir é a resultante da conjugação tanto do fato gerador da incidência

originária, quanto daquele de que resultou a incidência derivada. *A causa de pedir, ensina Pontes de Miranda, supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar.*" (Cf.: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 158/159)

Da mesma forma, podemos, ainda com *Calmon de Passos*, asseverar que:

"O pedido constitui o objeto da ação, aquilo que se pretende obter com a prestação da tutela jurisdicional reclamada. *Distingue-se o pedido imediato do pedido mediato. Isto porque, na inicial, o autor reclama determinado tipo de tutela jurisdicional (pedido imediato) com vistas à obtenção de um bem da vida, que afirma lhe estar assegurado pelo direito (pedido mediato).*" (Op. cit., p. 171)

Com efeito, não se há de falar em impossibilidade de se argüir inconstitucionalidade de lei como mera *causa petendi*, pois não há norma legal que assim proceda.

Assim, o pedido restringe-se tão-somente à obrigação negativa – de não fazer alguma coisa –, nos casos das ações civis propostas em face de municípios, ou seja, na abstenção no que concerne à cobrança da referida Taxa.

A outro giro, e em obediência ao *princípio da congruência ou correlação*, segundo o qual o magistrado deverá decidir nos limites do que foi pedido, não poderá o juiz reconhecer a inconstitucionalidade da taxa, porém poderá condenar a municipalidade a se abster da cobrança da taxa tendo em vista a fundamentação agasalhada da inconstitucionalidade.

Dessa forma, a argumentação da inconstitucionalidade é mera *motivação* para pedir, e não o pedido em si.

Sendo causa de pedir, todos os argumentos aí insculpidos farão parte da motivação da sentença – *princípio da congruência ou correlação* –, não,

porém, do seu dispositivo.

Destarte, o nosso *codex* processual é claro em determinar que:

"Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo."

A questão prejudicial, como é de grande sabença, é aquela que interfere no mérito da questão, no conflito de interesses posto a julgamento e que, por isso, é questão prévia logicamente relacionada ao litígio.

"Na questão prejudicial, há comunicação de conhecimento, a ser apreciada pelo juiz, que funciona como antecedente lógico, sem ser preciso, ou sem ser provável formar processo separado." (PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, Atualização legislativa de Sergio Bermudes, p. 128)

Pois bem.

A inconstitucionalidade de uma lei, quando argüida como mera motivação, causa de pedir, não faz coisa julgada, ou seja, não pertencerá ao comando da sentença, visto que é *quaestiones praecjudiciales*.

Dessarte, não é impossível ou processualmente incorreto o pedido da Ação Civil Pública proposta porquanto não há pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei que instituiu a referida "Taxa".

Trazemos a lume, de outro lado, os escólios de *Luiz Fabião Guasque*, que esclarece sobremaneira o equívoco de tal tese, perfeitamente aplicável in casu:

“No que respeita a pedidos de abstenção de cobrança de taxas inconstitucionais por inadequação ao conceito expresso na Constituição da República (art. 145, inc. II), a primeira delas, conforme os arts. 460 e 461, é a de que o pedido na ação civil pública ou no mandado de segurança é sempre o de obrigar o Poder Público a se abster da cobrança. Este o limite objetivo da sentença.

A decisão nesse sentido faz coisa julgada erga omnes, por força do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85, apenas nos limites do pedido. Em outras palavras, o Poder Público estará, na hipótese de procedência, obrigado a não cobrar a taxa correspondente ao serviço, a todos os sujeitos passivos da obrigação. Não pode pretender cobrar de uns e beneficiar outros. Na situação inversa, poderá cobrar de todos. Estes os limites subjetivos da demanda.

No caso de procedência da pretensão, os parâmetros deste pedido se limitam a impor ao Poder Público a obrigação de não cobrar, partindo-se da análise incidental de que o pagamento é abusivo por inconstitucional. É como se o Juiz dissesse: por, no meu juízo, considerar inconstitucional a lei que instituiu o dever de pagar, determino que o credor tributário não efetue a cobrança enquanto não declarada inconstitucional ou não a exigência.” (Cf.: O Controle Cautelar de Inconstitucionalidade nas Ações de Interesse Difuso, RT 746/61-62)

A outro giro, o próprio Superior Tribunal de Justiça, por duas vezes, já decidiu que: “A coisa julgada não alcança os fundamentos da decisão.” (Ac. un. da 4ª T. do STJ de 07.11.1994, no Resp 43.871-3-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo) “Os fundamentos das decisões judiciais não fazem coisa julgada.” (Ac. un. da 1ª T. do STJ de 07.11.1994, no Resp 46.447-1-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

“Ação de Alimentos – Limites do Pedido e da Coisa Julgada – Cpc, Artigos 128 E 469, Iii – Restringindo o autor seu pedido exclusivamente à pretensão

338

alimentar, o reconhecimento da paternidade constitui questão prejudicial, não compreendida na coisa julgada. A determinação de que desde logo se proceda a alterações no registro civil afronta o artigo 128 do CPC. Hipótese em que não incide o disposto no § único do artigo 4º da lei 883/49." (STJ – REsp 1643 – RJ – 3ª T. – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJU 09.04.90)

"Coisa Julgada – Alcance – Os efeitos da coisa julgada alcançam, somente, a pretensão e objetos do processo onde este fenômeno ocorreu." (STJ – REsp 51.159-3 – GO – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 06.03.95)

E o Supremo Tribunal Federal, por seu ilustre Relator, Min. Marco Aurélio, assim decidiu:

"Coisa Julgada – Caracterização – Fundamentos contidos no Título Judicial – A teor do artigo 469 do Código de Processo Civil, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença não fazem coisa julgada, o mesmo ocorrendo quanto ao exame de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, exceção aberta se a hipótese tem enquadramento no artigo 470 do referido Diploma. A coisa julgada pressupõe, ainda, a triplíce identidade – de pessoas, de causa de pedir e pedido. Não há falar no fenômeno quando diversas as demandas reveladoras dos títulos em cotejo, quer em relação às partes, quer no tocante às causas de pedir e aos pedidos." (STF – AR 1.343-3 – SC – TP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 26.03.93)

No mais, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em irretocável julgado, perfeitamente aplicável in casu, asseverou que:

"A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não produz coisa julgada. É que de acordo com o art. 469, do Código de Processo Civil, não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar a parte dispositiva da sentença, nem as questões prejudiciais, decididas incidentalmente no processo." (Ac. un. da 3ª Câ. do TJSC de 03.03.1994, na Ap 43.723, rel. Des. Amaral e Silva)

Vislumbra-se, portanto, que a tese da impossibilidade de arguição de inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública está escorregadia, não merecendo qualquer reparo. Porém, não menos certo é que o fato de ser cogitada como questão prejudicial naquela ação não terá, tal entendimento, as qualidades

de imutabilidade e indiscutibilidade, próprias dos assuntos que estão sob o manto da coisa julgada.

Destarte, é de se analisar com mais acuidade o problema da inconstitucionalidade em seara de Ação Civil Pública para que não se cometa o equívoco de negar vigência a norma federal (art. 469, II e III, do CPC).

Da legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos

Constitui assunto tormentoso para os profissionais do Direito a legitimidade ativa do Ministério Público para manejar a Ação Civil Pública em defesa de interesses individuais homogêneos.

A jurisprudência ainda é vacilante no assunto.

Porém, tal controvérsia ainda constitui celeuma precipuamente em virtude do dado histórico que alguns ainda deslembram de cogitar quando empolgam a questão.

O Direito pátrio, bem como os demais no mundo ocidental, ainda está demasiadamente contaminado pelos postulados liberais criados por ocasião da Revolução Francesa de 1789.

Naquela época, primou-se por dar ênfase ao indivíduo como indivíduo, na onda da corrente liberal-burguesa que pregava a absoluta liberdade de iniciativa do cidadão.

Por conseqüência, tão-só o titular do interesse conflituoso – de outro lado o titular do dever – poderia propor a demanda – e ser demandado – cabível no caso concreto para a salvaguarda dos seus interesses ali em conflituosidade.

Como adverte *Celso Agrícola Barbi*:

“Teoricamente, pode-se admitir um sistema em que, como regra geral, qualquer pessoa possa vir a juízo reclamar direito de outrem, apesar de, pessoalmente, não ter interesse algum nesse direito. Mas, mesmo nos países socialistas, em que o princípio individualista deixou de prevalecer, a regra geral ainda é a firmada em nosso País, se bem que as exceções sejam mais numerosas.”
(Comentários ao Código de Processo Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I, p. 78)

Tal ideologia chegou ao nosso ordenamento jurídico, hodiernamente, pelo Estatuto Processual Civil, que, em seu artigo 6º, preceitua – no mesmo sentido o art. 81 do *Código de Processo Civil* italiano e art. 26 do *Código de Processo Civil* de Portugal:

“Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Nada obstante, força é admitir o acerto das palavras do Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso, segundo as quais:

“Em primeiro lugar, cabe lembrar a concepção ‘clássica’, pela qual o processo civil é o receptáculo natural das controvérsias intersubjetivas, sendo ele, em princípio, refratário a servir como veículo de litígios supraindividuais.... Nessa concepção tradicional, entende-se que os conflitos que desbordam a esfera individual devem ser tratados a nível pré-processual, em sede legislativa ou da administração pública... Em suma, a formação de uma lide exigiria a atualidade e concreção da controvérsia entre as partes.

O processo civil, sob essa óptica, aparece como um instrumento a serviço dos direitos subjetivos, conquanto estes possam ser exercidos individualmente (ações individuais) ou coletivamente (ações coletivas, stricto sensu); neste último caso, o conteúdo e a finalidade da ação continuam a ser privados (é o interesse dos indivíduos reunidos em grupo que está em jogo); apenas o exercício, a forma, é que é coletiva. O problema que se põe para o processo civil, como se verá adiante, é o da admissibilidade das ações propriamente coletivas, isto é, aquelas cuja finalidade é um interesse social, público, quer sejam veiculadas por um indivíduo ou por um grupo.” (Cf.: *Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 120/121)

Essa aguda observação faz-nos crer que, a par da legitimidade para a causa tradicional, ordinária, outra, nos tempos atuais, deverá surgir para que não fiquem no limbo jurídico interesses e direitos que, em face da violação, resultariam na inércia de seus titulares exatamente por falta de titularidade para

a propositura da demanda, enquanto indivíduos, todavia, sob o aspecto social, estariam aptos a ela, de per se ou representados por organismos intermediários – entre o Estado e o indivíduo – privados, v.g., associações, ou, ainda, por órgãos do próprio Estado, defensores dos referidos interesses, e. g., Ministério Público.

Avulta, não obstante, o *punctum dolens*.

Este cinge-se ao fato de ter legitimidade ativa para a causa ou não o Ministério Público quando a propositura desta tiver por escopo a defesa de interesses individuais homogêneos.

Pensamos que a resposta positiva se impõe.

O preceptivo sob o número 81 do Código de Defesa do Consumidor define interesses individuais homogêneos, *ipsis literis*:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I, II – omissis..

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Pois bem.

As argumentações que abrenunciam referida legitimidade ministerial vicejam da inconstitucionalidade existente que macula o inciso III do parágrafo único do artigo 81 do codex transcrito, fulcrada no fato de que tais interesses não estariam entre as atribuições destinadas ao Parquet, ao revés, estas cingir-se-iam aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Estamos que o equívoco é patente.

Com vantagem, a *Prof. Ada Pellegrini Grinover* ilide a verborragia doutrinária, que nos permitimos transcrever, *verbis*:

“Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis),

enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.

Apesar de alguma divergência, a linha preponderante é no sentido do reconhecimento da legitimação, havendo casos em que esta é negada não em face de sua eventual inconstitucionalidade, mas porque se trata, na espécie concreta, de pequeno número de interessados, estritamente definido." (Cf.: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.545/546)

Com efeito, o agasalho constitucional para a propositura de Ação Civil Pública que visa à defesa dos interesses individuais homogêneos reside no artigo 127, caput, quando regra que ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses sociais.

Ao defini-lo, com precisão incomparável, assevera *Rodolfo Mancuso*:

“Interesse social, no sentido amplo que ora nos concerne, é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo ‘coletivo’ num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos.” (In Interesses Difusos, Conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 1994, p. 25)

Assim, faz-se mister divisar, em cada caso concreto, se a importância social da demanda coaduna-se com as aspirações da sociedade ou da comunidade na qual se cingirá o decreto judicial.

Deveras, lícito é afirmar que não são quaisquer interesses individuais homogêneos que poderão ser defendidos através de ações coletivas, não legitimando, por conseguinte, as associações, bem como o Ministério Público.

É necessário perquirir sobre o *cunho social* do objeto da demanda, para, só então, definirmos se há legitimidade extraordinária ou anômala daqueles entes intermediários da sociedade.

A celeuma posta à apreciação não refoge dessa imprescindível análise.

Ao divisar o objeto litigioso, cristalino mostra-se o interesse social que empolga a legitimação extraordinária invectivada, seja do Parquet, seja de associação regularmente constituída.

Não é crível, dessarte, que a cobrança de “Taxa de Iluminação Pública” ou outra qualquer, cujas leis instituidoras estarão eivadas de inconstitucionalidade e ilegalidade, não requeira, por parte dos munícipes, atenção e repulsa.

Ao revés, nesse embate, insta salientar que todos os consumidores dos serviços potencializados pelo Poder Público têm direito público subjetivo de não ver seu patrimônio particular diminuído por cobranças que ficam à margem

da lei, mormente da Constituição. Afinal, até mesmo os Poderes constituídos, de todas as esferas de governo, têm o dever de respeitar a Carta Magna.

Nunca é despidiendo lembrar as doces palavras de *Helly Lopes Meirelles* ao fazer dilação sobre a ação popular, que tem exato cabimento in casu, verbis: "Reconhece-se, assim, que todo cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto." (In Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data". 15. ed. Malheiros, p. 92)

E, no Estado Democrático de Direito, governo honesto não é somente aquele que não lesa o patrimônio público no intuito de locupletamento privado. Certo é afirmar que também é aquele que se abstém de captar na sociedade recursos ilegais, inconstitucionais, ilegítimos, mesmo que com escopo sadio, porquanto é princípio de Direito Administrativo que o administrador público somente procede em estrita obediência à lei.

Aqui, então, cabe a pergunta: "Não possui relevância social o estrito cumprimento pelo Poder Público da Constituição Federal e das normas jurídicas em geral, ou aquela não passa de verborragia do legislador constituinte?"

Dessarte, à símile do que ocorre com a class action do Direito norte-americano, para haver legitimação dos entes previamente destinados a tal desiderato caberá perquirir sobre a *relevância social* dos interesses ou direitos individuais homogêneos postos em Juízo.

Da inconstitucionalidade do raciocínio inverso

Poder-se-ia asseverar, lado outro, que inconstitucional seria o entendimento que negasse tal legitimidade ativa ao Parquet ou às respectivas associações.

Explico.

A Constituição Federal de 1988 tem profundo cunho socializante, já que em diversos dispositivos avulta o caráter social de seus comandos, programáticos ou não, de seus princípios, não se olvidando, por óbvio, da iniciativa privada, base do capitalismo liberal-burguês que a Carta Política abraçou.

Tal enfoque, na época de sua feitura, ficou evidenciado sobremaneira, ganhando a Carta o apelido de "Constituição Cidadã".

De efeito, acolitando as palavras do *Min. Carlos Mário da Silva Velloso*, podemos entender que constitui direito adquirido da sociedade ter seus representantes judiciais para a defesa dos seus interesses individuais homogêneos,

condicionada, é claro, à relevância social de referidos interesses, tendo em vista que a Constituição exsurgiu no bojo de movimentos sociais impacientes com os desmandos praticados pelos militares presidentes.

Eis as palavras do Ministro, verbis:

"O povo é, então, convocado a eleger uma assembléia constituinte. Num caso ou noutro – movimento revolucionário ou convocação –, uma idéia de direito está subjacente, ou uma idéia de direito liberal, por exemplo, ou uma idéia de direito socialista. Evidentemente que, se uma sociedade faz opção pelo socialismo, e esta é a idéia subjacente ao movimento revolucionário ou à convocação, elaborada a constituição em tais termos, ninguém poderá, com base nos seus títulos de propriedade, opor à nova constituição a alegação de direito adquirido.

Todavia, se a idéia de direito que fez eclodir o movimento revolucionário, ou que resultou na convocação, é uma idéia democrático-liberal, ela, a constituição, produto do poder constituinte que veio no bojo desse movimento ou dessa convocação, está limitada por essa idéia. É dizer, exemplificando: se uma constituição que vem no bojo de um movimento liberal, que proclama o liberalismo político, impõe a um grupo de indivíduos o confisco, a disposição constitucional que o institui é ilegítima.

É claro que essas questões, que são de teoria geral da constituição, sem nenhum embasamento de direito positivo, somente serão bem compreendidas num Estado cujo povo, cujos líderes e cujos juízes têm consciência do que seja uma constituição. Se isto não ocorre, vira adágio, o que não passa de slogan, o de que 'não há direito adquirido contra a constituição'." (grifei) (Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, especialmente a dos Direitos Fundamentais, e a Reforma Tributária. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, 2, Direito Administrativo e Constitucional. Malheiros, 1997, p.165/166)

Em compêndio, restando, portanto, provado o cunho social da demanda

posta em Juízo, satisfeita a condição da legitimidade anômala.

Mas não é só.

Dispõe o artigo 82 e inciso I do Código de Defesa do Consumidor que:

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II, III, IV – omissis”

Nesse passo, temos que, por força de disposição expressa de lei federal, o Parquet possui legitimidade para a propositura de ações coletivas na defesa dos interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III do CDC).

Pois bem.

Qualquer interpretação que deixe de reconhecer legitimidade à Instituição do Ministério Público deverá, obrigatoriamente, reconhecer a inconstitucionalidade do preceptivo transcrito, ou seja, sua incompatibilidade com a Carta Política, visto que tal requisito para o exercício do direito de ação emana daquele dispositivo legal.

Sem embargo, e como visto no início desta pesquisa, não é deferido ao julgador reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública porquanto a decisão aí proferida terá efeito erga omnes.

Nessa linha de raciocínio, os próprios arestos do egrégio Superior Tribunal de Justiça asseveram não ser permitida a declaração de inconstitucionalidade de lei na Ação Civil Pública.

Ora, o que fazem, então, os tribunais que não reconhecem a legitimidade do Parquet para a propositura de Ação Civil Pública na defesa de interesses individuais homogêneos senão a declaração de inconstitucionalidade do artigo 82, I, e parágrafo único do artigo 81, todos do CDC, já que esta, repise-se, advém daquele dispositivo?

Estariam tais tribunais usurpando competência privativa do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a de declarar inconstitucionalidade de lei com efeito erga omnes?

A resposta afirmativa novamente se impõe.

Ao não reconhecer a legitimidade para a propositura de ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos às associações e ao Ministério Público, nada mais fazem senão reconhecer a inconstitucionalidade dos preceptivos do Código de Defesa do Consumidor que dão legitimidade para a

causa a esses entes, na seara de ações que possuem decisões – também por força de lei – com efeitos erga omnes.

Dessarte, como afirmado no início deste trabalho, é vedado, em face do efeito que possuem as decisões aí proferidas – o reconhecimento ou a declaração de inconstitucionalidade de lei em ações coletivas ou ações civis públicas.

Da Taxa de Iluminação Pública como relação de consumo

Diversos arestos, bem como parte da doutrina, têm propugnado pela distinção existente entre os conceitos de contribuinte e consumidor.

Assim, adverte José Geraldo Brito Filomeno:

“Quando aqui se tratou do conceito de fornecedor, ficou consignado que também o Poder Público, enquanto produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifas ou ‘preços públicos’, se sujeitará às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico o seu art. 22.” (Cf.: Código Brasileiro....., p. 87/88)

Tal distinção merece mitigação, no nosso entender, no tocante à *Taxa de Iluminação Pública*.

Senão vejamos.

A Constituição Federal, em seu artigo 145, II, afirma que:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – omissis.....;

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 a sua disposição;”

E o Código Tributário Nacional, em seu artigo 77, reafirma:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato

gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Em ambos os dispositivos fica explícito que a taxa é uma contraprestação paga pelo consumidor-contribuinte pelo exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos *específicos e divisíveis*.

No mesmo diapasão, o Código de Defesa do Consumidor determina que:

"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

O olhar perfunctório sobre o dispositivo leva o intérprete a entender que o Poder Público, quando vendedor de produtos ou prestador de serviços, traduz-se em fornecedor para o CDC.

Na exata observação do doutrinador citado, a "taxa" de iluminação pública não constitui, às escâncaras, verdadeiramente uma taxa, visto que, e aí reside sua ilegalidade, não é serviço público específico e divisível.

Tal tese tem amparo na maestria de *Sacha Calmon Navarro Coelho*, *verbis*:

"O nosso posicionamento já foi antecipado. A nós interessa o regime jurídico adotado pelo legislador com escora, é claro, constitucional. Assim:

a) quando o Estado exerce poder de polícia é de taxa e só dela que se pode cogitar;

b) quando o Estado diretamente presta serviço público stricto sensu, o caso é, também, de taxa;

c) quando o Estado, porém, engendra instrumentalidades, para em regime de Direito Privado, embora sob concessão, prestar serviços de utilidades tais como fornecimento de gás, luz, transporte, energia, telefonia etc. (atividade econômica), admitimos em casos tais a adoção do regime de preços." (grifei)

(In *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 417)

*"Por outro lado, considera-se específico o serviço que pode ser destacado em unidades autônomas para a sua prestação, e divisível o que suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada usuário. Não pressupõe a cobrança de taxa a prestação de serviços em caráter geral...." (grifei) (Cf.: PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 26)*

Dessarte, tratando-se de adoção de métodos para o fornecimento de energia elétrica e não sendo a contraprestação proveniente de atividade pública divisível, a "taxa" de iluminação pública não passa de mero preço público em cujas relações jurídicas incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, já houve pronunciamento do *Superior Tribunal de Justiça*:

"Taxa de Iluminação Pública – Ilegalidade – É ilegal a cobrança de taxa em razão da prestação do serviço de iluminação pública, por seu caráter genérico e indivisível, prestado à coletividade como um todo, sem benefício direto para determinado contribuinte." (STJ – REsp 38.186 – RJ – 2ª T – Rel. Min. Peçanha Martins – DJU 24.03.97)

II. Conclusão

Por conclusão, podemos vislumbrar que, no tocante à Taxa de Iluminação Pública, não se tratando de relações jurídicas tributárias, e sim de relações de consumo, ante a sua descaracterização como espécie de tributo, incidente o Código de Defesa do Consumidor.

No que concerne à legitimidade do Ministério Público, assim como das associações, para a propositura de ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos, da mesma forma, havendo relevância social na demanda, *legítimo o Ministério Público para aviar ações pertinentes à defesa de tais interesses, visto que espécie de interesses sociais.*

Mesmo que se configurando inconstitucional o pedido de inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública, nada obsta a sua arguição como mera causa de pedir ou questão prejudicial, porquanto tais matéria não estão sob o manto da coisa julgada.

A outro giro, não posso olvidar um aspecto fundamental que se extrai desta pesquisa.

A despeito de o fato em si do não-reconhecimento de legitimidade ao Parquet para a defesa dos interesses individuais homogêneos já constituir gravame social desmesurado, importa vislumbrar que o entendimento que leva à extinção do processo por faltar requisito para o exercício do direito de ação – legitimatio ad causam – estará violando, na mesma medida, o direito de um efetivo acesso à Justiça, tema tantas vezes propugnado pelos operadores do Direito.

Será que não chegou a hora de enxergarmos o lado social do Direito para que a sociedade – diretamente ou através de instituições constitucionalmente previstas – tenha um acesso efetivo à Justiça?

À consideração dos doutos.

Referências Bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução: Ellen Gracie Northfleet.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUASQUE, Luiz Fabião. O controle cautelar de inconstitucionalidade nas ações de interesse difuso. *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 746, p. 56-65, dez. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, conceito e legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "Habeas Data"*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São paulo: Malheiros, 1997. v. 2.

POR UMA FORMAÇÃO JURÍDICA JUSTA¹

ANDRÉ LUÍS ALVES DE MELO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Da formação jurídica universitária - Do velho pensamento jurídico - Reforma do Judiciário e do Ministério Público - Do concurso jurídico - Da carreira jurídica - Do psicotécnico, da investigação social e do quociente emocional em lugar do quociente intelectual - Do raciocínio lógico - Justiça não se faz apenas no Fórum - Da reengenharia jurídica - Do trabalho abstrato prevalecendo sobre o concreto, de execução - Produtividade não se mede pelo que se tem acumulado na prateleira, mas sim pelo que dela foi retirado - Modernidade no pensamento jurídico - Síntese - Conclusão.

Da formação jurídica universitária

Atualmente a sociedade vive dias de aflição, clamando por segurança e tranquilidade. Em face da crise de valores relativamente à distinção entre o bem e o mal e da falta de direção quanto ao tipo de formação a ser adquirida, passa por momentos de tormenta.

Limitam-se as instituições a uma instrução superficial e pouco abrangente. Não se preocupam em formar o profissional como um ser completo – corpo, alma e mente –, mas restringem-se a passar algumas informações técnicas. Quando muito, formam profissionais, mas jamais seres humanos pensantes. Incoerente, principalmente em carreiras que lidarão diretamente com a matéria-prima “ser humano”, pois desconhecerão o que deveria ser o foco de suas atenções.

Em pleno século XXI, é preciso reavaliar alguns dogmas acadêmicos, desmistificando-se a adoração à capacidade intelectual de armazenar informações e começando-se a valorizar a habilidade para solucionar problemas de forma humanitária.

Em especial, no mundo jurídico, é necessário que se repense o apego demasiado às formas e à intelectualidade, aproximando-se mais do conceito de *justiça*, o qual, segundo Ulpiano, “é dar a cada um o que é seu”. Portanto, a ciência jurídica não deve ser meio de afastar a camada popular da busca dos seus direitos, muito menos momento propício para demonstrar a argúcia do profissional, quase sempre sem necessidade, servindo apenas para deleite intelectual.

¹ Artigo publicado no jornal *Faro Jurídico*, Internet, em 01/2000.

Inconscientemente existe uma indução em se aceitar como verdades absolutas algumas manifestações de autoridades. O aluno responde que determinado entendimento é correto porque simplesmente o renomado jurista o disse. Mas, se indagar qual raciocínio utilizou o renomado jurista para chegar a essa conclusão, o aluno não sabe responder. Pior ainda, o livro de Direito mais vendido é relativo a uma compilação de decisões judiciais resumidas (ementas, sem o desenvolvimento do raciocínio), cujo "autor" não manifesta nenhuma idéia própria, apenas transcreve resumos de decisões de outros.

A formação jurídica deve ser repensada como um todo, mas em especial para as carreiras destinadas a Promotor de Justiça e Juiz, principalmente no que se refere ao critério de admissão, evitando-se os candidatos desprovidos do bom senso, da razoabilidade, do amadurecimento. Deve o profissional dedicar-se a fatos relevantes, afastando o Direito das coisas mezinhas. Hoje, nem tudo é processo mais. Existem situações que se resolvem conversando, dialogando. Nas faculdades faz-se o pacto da mediocridade, finge-se que dá aula e finge-se que aprende. Basta observar a quase inexistência de reprovação nos anos letivos dos cursos jurídicos. Quem entra na faculdade imagina que tem o direito adquirido de formar-se, mas nos concursos, após a formatura, constata-se um índice de aprovação mínimo.

Recentemente, escolas brasileiras de primeiro grau têm adotado programa americano sobre educação ética, sendo que em algumas tem sido reduzido o número de indisciplina dos alunos em até 75%, os quais são orientados a participar e buscar soluções para os problemas da comunidade. Entretanto, no mundo jurídico isso é tratado como desnecessário e sem importância. Mas, na verdade, nem sabemos o que significa *ética*, pois a confundimos com corporativismo, considerando-se antiético orientar a população sobre o mau trabalho realizado por determinado profissional jurídico.

O exame nacional de cursos ("provão") e o exame da Ordem também são formas de controlar o desempenho da vida acadêmica. Quanto ao exame da OAB, acreditamos que deveria ser dotado de investigação social, psicotécnico e, inclusive, prova oral. Afinal, ninguém se forma em Ciências Jurídicas com direito a ser advogado, e, como essa classe compõe o tripé jurídico, deve ter como pressuposto os mesmos requisitos para medir a capacidade profissional utilizados pelas demais carreiras equivalentes. A isonomia deve ser completa, inclusive na porta de entrada.

Do velho pensamento jurídico

A Justiça precisa caminhar para o futuro. Em lugar de se ficar debatendo em detalhes de regozijo pessoal, deveria buscar a composição e outras soluções rápidas do litígio, acabando com a ansiedade provocada pelo decurso do longo tempo da demanda.

Na verdade, é muito comum fazer das manifestações processuais meio de demonstração de conhecimento jurídico e lingüístico, “o elevado saber pessoal”; mas, com isso, demonstra-se pouca objetividade e, também, pequena preocupação com o direito do cidadão e com a paz social. Talvez porque o profissional do direito, via de regra, não tenha passado fome, não sabendo aquilatar o quanto dói e incomoda cada minuto de fome, enquanto os nobres causídicos elaboram suas lindas, cultas e demoradas peças.

Esse é um dos motivos do preconceito em relação ao Juizado Especial, considerado como o local onde não se pensa. Contudo, não é assim na realidade, afinal, nos procedimentos do Juizado Especial pensa-se de forma rápida e soluciona-se ainda com maior brevidade. Em suma, resolve-se o problema do cidadão, sem delongas e prolixidade.

Faz-se necessário que se promova a conscientização da nova formação cultural, pois o mundo evolui de forma ágil, principalmente em virtude dos avanços tecnológicos e de comunicação, exigindo de todos um conhecimento holístico. Não se concebe mais que o profissional de Direito pense que tudo é apenas lei. Esta, basta você dar um *click* no computador e ela aparece. Precisamos fazer uma reengenharia jurídica dos cargos, redefinir funções e salários – há gente recebendo salário alto para copiar peças processuais. O computador absorveu algumas funções intelectuais menos complexas, e isso, ainda, não foi absorvido pela área jurídica.

Inclusive, a quantidade de casos que poderiam ser resolvidos sem a intervenção judicial é enorme, mas a formação acadêmica induz a acreditar ser o processo a única forma de se fazer justiça. E também advogados não são estimulados a resolver problemas em seu escritório, pois o cliente poderá acreditar ser a causa simples e não pagar os seus honorários. Aliás, a própria tabela do OAB não possui honorários para litígios solucionados em escritórios.

Alguns governos remuneraram advogados dativos para demandas judiciais. E para as extrajudiciais não. Ora, isso é um estímulo ao ajuizamento de ações, pois a única forma de se receber pelo trabalho será ajuizar o pedido. É

uma crendice popular associar a dificuldade da demanda com o tempo que demora o processo para ser findado. E isso um dado incorreto, pois demandas difficilissimas poderiam ser resolvidas rapidamente em um escritório de advogado ou gabinete de Promotor de Justiça.

O culto ao processo (ciência processual) é tão grande que nas faculdades estudam-se apenas as funções do Ministério Público descritas no Código de Processo, e o aluno forma-se sem conhecer as atribuições mais relevantes e que não estão previstas nas normas processuais. Pior ainda: nos concursos não se cobram também essas matérias de forma efetiva e aprovam-se profissionais sem iniciativa e conhecimento, ou seja, sem conhecer inquérito civil público, prestação de contas junto ao Tribunal de Contas do Estado, danos ao meio ambiente. Assim, ficarão apenas em seus gabinetes aguardando processos de terceiros para se manifestarem.

Em prol da vaidade pessoal prejudica-se o acesso à Justiça. Basta citar o exemplo do termo "Procurador da República". Se perguntarmos ao cidadão quais as funções desse cargo, ele não saberá informar; poderá até dizer que se trata de um cargo importante, em face do nome pomposo. Provavelmente se o termo fosse "Promotor Federal" a compreensão por parte da população seria bem maior e o acesso à Justiça também. Quanto ao fato de alguns Procuradores da República poderem advogar concomitantemente com o exercício da função ministerial, basta relembrar que ninguém serve a dois senhores com fidelidade.

Reforma do Judiciário e do Ministério Público

Infelizmente esta oportunidade, que poderia ser um momento de aprimorarmos a nossa prestação de serviço à comunidade, apenas tem sido mais um meio de permanecer e criar novos privilégios para a classe jurídica, em detrimento do Povo.

Os Procuradores da República admitidos antes da Carta Magna conseguiram o privilégio de continuar a advogar em seus escritórios particulares concomitantemente com a função ministerial, e ainda percebendo dos cofres aproximadamente R\$10.000,00 reais mensais.

Os donos de cursinhos, que têm interesse em que sejam aprovados em concurso os jovens alunos decoradores de lei, e os membros das carreiras jurídicas mais idosos, que têm filhos se formando nas faculdades de Direito, conseguiram que fosse derrubado o critério de idade mínima e de prática forense profissional, para permitir que seus filhos sejam aprovados imediatamente ao sair da faculdade.

Pois, ao se exigir a prática depois de formado, muda-se o perfil dos candidatos, que procurarão aprender a prática, em lugar de ficar gravando macetes em cursinho. Além disso, são importantes os elementos *maturidade e vocação*, pois ninguém ficaria apenas estudando até ser aprovado, deveria mostrar conhecimento do serviço. Afinal, o Direito não é matemática – são necessários elementos axiológicos e também experiência de vida para as carreiras ligadas à Justiça, principalmente para as de juiz e promotor.

Seria uma oportunidade de acabar com esta mistura de nomes de cargos, confundindo o povo e cerceando o acesso à Justiça. Mas a vaidade de alguns colegas fala mais alto, e eles desejam ter um nome diferente, como Procurador da República, Procurador de Justiça ou Procurador do Trabalho. Já que somos uma instituição única, o melhor seria: Promotor Federal, Promotor do Trabalho, Promotor de Justiça, Promotoria-Geral de Justiça. Assim, o povo saberia identificar mais facilmente.

Em suma, trabalhamos muito e produzimos pouco resultado para a sociedade, pois estamos usando métodos que não comportam mais espaço no mundo da Internet.

Do concurso jurídico

É preciso reavaliar os concursos públicos, afinal, eles verificam apenas o que o candidato decorou. Esse modelo é cópia do modelo adotado para vestibular, no entanto, um estudante universitário não tem o poder de decidir o destino de uma sociedade e nem é vitalício. Portanto, urge serem mais exigentes. É inconcebível que aceitemos o procedimento atual, em que o candidato que tiver mais sorte de encontrar na prova o que leu na noite anterior provavelmente será aprovado. Inclusive, o próprio vestibular vem sofrendo mudanças significativas.

Mas, em razão disso, são aprovados em concurso profissionais com exclusivo conhecimento intelectual, despreparados emocionalmente e sem nenhum envolvimento social. Buscam apenas o poder pessoal e o *status*, sem se preocupar com os destinos da comunidade.

Ilustrando novamente esse critério de admissão em concursos, basta citar que recentemente, no ano de 1999, em um concurso para juiz federal no estado de São Paulo, um examinador indagou na prova o que seria “direito de antena”. Em outro concurso, este do Ministério Público Mineiro, em 1998, indagou-se o que era princípio lógico-formal de interpretação da Constituição.

Alguém inventou esses termos e eles passam a ser decorados como lei absoluta. E o pobre daquele que entender diferente será reprovado.

Assim, cobram-se nas provas conceitos como se fossem os candidatos alunos primários. E qual a importância desse dado na vida cotidiana de um profissional? Se tivessem perguntado sobre o direito do consumidor ou sobre os meios de influenciar na reforma da Constituição todos saberiam responder.

É claro que existem examinadores que deveriam ser reprovados como tal, pois elaboram questões obscuras ou seguem determinada decisão judicial (como se fossemos obrigados a copiar esses entendimentos). Mas infelizmente o critério de seleção de examinadores não é técnico, e sim político.

Na reforma do Judiciário e do Ministério Público encaminhamos algumas sugestões para várias entidades, e algumas nos retornaram agradecendo e lamentando que havíamos sido o único. Portanto, de que adianta saber interpretar uma Constituição se não praticamos nada!!! Se deixamos de aproveitar momentos oportunos para corrigir alguns pontos da Carta Magna, pois preferimos ficar estudando os princípios.

No Jornal da OAB/MG de janeiro de 2000, às págs.14, verifica-se a propaganda de um cursinho, informando que, dos 36 aprovados no último concurso do Ministério Público, 28 eram oriundos do seu quadro de alunos. Isso é um dado preocupante, e, a continuar assim, em breve somente será Promotor quem tiver condições de pagar um cursinho e morar na capital. Em momento algum há motivos para duvidar da idoneidade desse processo seletivo, apenas é necessário que sejam revistas as regras e prioridades do certame. Isso não impede que continue a ser o concurso mais difícil, afinal, sabe-se que a Instituição quer os melhores.

Precisamos formar o Promotor e o Juiz, portanto, após aprovados no concurso, antes de assumirem os cargos, deveriam frequentar escolas de formação (seis meses a um ano), como alunos, e não como "autoridades", onde receberiam 1/3 do salário inicial da carreira e auxiliariam os que já estão exercendo a função. Somente se aprovados nessas escolas, assumiriam o cargo e iniciariam o estágio probatório.

Muitos dizem que determinada pessoa estuda tanto e que merecia ser Promotor ou Juiz, como se esse fosse o único fator determinante. Não se preocupam com quem ele é, com o que ele faz, com sua vocação. Porém, Justiça não é galeria de arte para que os profissionais fiquem expondo suas "magníficas" peças, verdadeiras obras de arte. Quem assim o desejar que seja escritor de livros, pois livro compra-o quem quiser. Mas Promotor de Justiça e Juiz

despreparados todos são obrigados a tolerá-los, e pior ainda, são vítimas das suas idéias manifestadas no seu trabalho e também da ociosidade de alguns.

É comum pessoas de conhecimento meramente intelectual incrível. Mas totalmente descompromissadas com a sociedade, vulgares, arrogantes e que vêem o Direito como meio de compensar suas deficiências pessoais e vingar-se da sociedade, como se esta fosse culpada pelos seus desajustes pessoais e familiares.

Em nosso cotidiano, conhecemos pessoas que escondem atrás de um aproveitamento acadêmico excepcional todos os seus conflitos familiares e uma raiva interior muito grande da sociedade, expressada através de um determinismo exagerado de apenas “subir” na vida. Fingem ser pessoas humildes e obedientes, mas a verdade poderia ser constatada em um exame psicotécnico bem realizado e uma investigação social efetiva, a qual não consistisse em um faz-de-conta. Na verdade, trata-se de pessoas vulgares, dissimuladas, prepotentes, de princípios éticos e morais altamente questionáveis, que, como ainda não têm poder, procuram ocultá-los. Mas será um “deus-nos-acuda” quando obtiverem uma posição social confortável, pois desejam julgar as pessoas principalmente pelo fato de se sentirem condenadas pelos seus comportamentos que não têm coragem de externar.

Não podemos contribuir para o fenômeno da corrosão do caráter.

Da carreira jurídica

A formação jurídica precisa estimular a capacidade criativa dos alunos, e não apenas a mera cópia do que já foi escrito em livros e decisões judiciais. A grande maioria dos professores não respeita o posicionamento pessoal dos alunos, pois uma decisão X ou um livro ensina o contrário. Ora, curso universitário é para formar cientistas, e estes têm que ter raciocínio lógico para criar, senão serão eles meros técnicos e copiadores de idéias. Por isso suas idéias devem ser respeitadas, salvo se a construção do raciocínio estiver errada, mas questionar o resultado apenas é autoritarismo.

O profissional do Direito, em especial Promotores e Juizes, devem ter conhecimento em áreas de Psicologia, Assistência Social, Administração Pública, Comunicação e Informática (inclusive Internet). Incrível como ainda não se exigem em concurso conhecimentos de informática para os candidatos aos cargos superiores, apenas para os técnicos. Presenciamos aprovação recente de candidatos que não sabiam digitar um texto em computador – certamente seriam

expurgados do mercado de trabalho privado —, mas conseguiram uma vaga no serviço público, pois decoraram a lei direitinho.

A rigor, é preocupante essa formação deficiente, sobretudo nas carreiras jurídicas para Promotor de Justiça e Juiz, pois são as únicas que atualmente podem ser tratadas como formadoras de agentes políticos, ou seja, possuem meios para modificar a realidade social, em razão de sua independência funcional, não tendo subordinação para se manifestarem em seu trabalho.

Pode-se dizer, com ênfase, que são Promotores e Juízes de “proveta”, pois ficaram trancados dentro de um campus universitário, e, após formados, dedicaram uns dois anos em cursinhos onde são ensinados macetes sobre como decorar e gravar conceitos, sendo que muitas vezes não saberão aplicar esse conhecimento no dia a dia, outras vezes não terão utilidade alguma, pois o programa de matérias do edital da prova foge à realidade. Entretanto, quando aprovados em concurso, supostamente serão defensores da sociedade. Resta perguntar de qual sociedade serão representantes ou defensores.

Por ainda não terem se formado como pessoas tornam-se profissionais arrogantes, prepotentes, inseguros e sem objetividade, incapazes de delegar funções e também sem coragem para agir. Com a agravante de serem vitalícios e com poder, quase intocáveis. É claro que, em virtude dos riscos da profissão de Promotor e Juiz, é imprescindível que tenham prerrogativas, não podendo ser submissos, mas isso não significa desprestigiar os cidadãos. Ocorrerão momentos em que será necessário agir com firmeza para controlar a situação, mas isso não pode ser a regra.

Para agravar a já lastimável situação, ocorre a generalizada despreocupação em se aperfeiçoarem como pessoas e profissionais. Muitos ainda usam apenas máquinas de escrever e não buscam cursos de aprimoramento profissional. Pior do que isso é o fato de que na cômoda situação social poucos cidadãos ousam questionar a personalidade desses “defensores da sociedade”, e nem os próprios almejam crescimento pessoal e espiritual, uma vez que este vem pela necessidade de se rever velhos conceitos. Assim sendo, muitos continuarão a humilhar subordinados, ou pessoas ao seu redor, por um longo tempo.

Em suma, a sociedade terá que conviver com um profissional desagradável e sem o direito de rejeitá-lo, pois, se os políticos eleitos passam pelo crivo do voto a cada período eletivo, os cargos jurídicos concursados são definitivos.

O Ministério Público deve efetuar uma fiscalização construtiva nos três Poderes, pois há necessidade de se apresentar soluções, orientar, participar do desenvolvimento e ter perspicácia para compreender que o Administrador não é perfeito, mas, quando o Promotor perceber a má-fé da autoridade pública, haverá necessidade de coragem para combatê-lo e astúcia para condená-lo, coisa que não se aprende nas faculdades, sendo improvável que um "teórico de carteirinha" possua tais habilidades. E convém perguntar à sociedade qual o tipo de profissional a que ela aspira, qual lhe dá mais segurança, se o participativo ou o arrogante, isolado.

Quem tem medo do povo ou de relações sociais deve procurar carreiras jurídicas que não exijam esse contato, como Procuradores da Fazenda, Advogados da União. Cada pessoa deve exercer a função de acordo com a sua aptidão.

No decurso da carreira ainda se outorgam gratificações por tempo de serviço, em lugar de se avaliar a capacitação e aprimoramento do profissional, ou seja, o estagnado será equiparado ao produtivo. E mais, as promoções, em regra, são baseadas em critérios subjetivos, de afinidade, ao invés de uma avaliação fulcrada em dados objetivos de produtividade. Nunca é demais lembrar que o importante não é o quanto se trabalha, mas o quanto e como se produz.

Precisamos mais de éticos do que de juristas. Necessitamos mais de membros que apreciem o ser em lugar do ter. Precisamos valorizar o fazer, em vez de ficarmos adorando o saber por si só. Não podemos mais admitir pessoas nessas carreiras que almejam um emprego apenas. É preciso verificar a vocação e amadurecimento do futuro profissional, evitando-se os meramente vaidosos e egoístas.

Não podemos substituir a ética pela técnica. É necessário profissionais aptos a questionar e modificar fatos através de ações responsáveis socialmente.

Do psicotécnico, da investigação social e do quociente emocional em lugar do quociente intelectual

Urge definir como critério de admissão o quociente emocional do candidato, e não apenas o quociente intelectual (QI). É imprescindível que a experiência de vida do candidato seja avaliada, afinal, é difícil imaginar Juízes decidindo causas de relação de trabalho sem nunca terem tido uma carteira de trabalho assinada, ou destituídos das chamadas máximas de experiência, ou Promotores intervindo em relações sociais se nunca participaram de nada socialmente relevante antes de assumirem os seus cargos.

A inteligência emocional, descoberta por Daniel Goleman, em 1995, é baseada em competências como a capacidade de se motivar e de perseverar, malgrado a adversidade e as frustrações, a capacidade de controle dos impulsos, a capacidade de adiar uma satisfação, de regular o humor e impedir a depressão, de alterar as faculdades de raciocínio, a empatia e a esperança. Esse critério de avaliação vem em substituição ao do conhecido QI (quociente intelectual), criado em 1912, por Stern, e consistente em meros exercícios escolares, arbitrários e que medem somente o conformismo social.

Para quem acha que o critério do psicotécnico é subjetivo, basta lembrar que na prova oral o examinador nem fundamenta a nota concedida, enquanto no exame psicotécnico o profissional expõe as bases da sua conclusão. E mais, na prova dissertativa a maioria dos examinadores não justifica a nota atribuída. É de se indagar onde está a subjetividade. O problema é que precisamos renovar os nossos conceitos. Se as conclusões dos psicólogos variam, as nossas decisões jurídicas e de correção de prova também divergem, e muito, mas nem por isso são desprovidas de valor.

Modernamente, precisa-se avaliar a capacidade crítica e a consciência do candidato, além de sua maturidade. Não podemos confundir “sangue novo” com imaturidade.

É necessário saber se o candidato possui algum desvio de personalidade grave, se há envolvimento com os problemas sociais, investigar o meio que frequentava e como isto se dava, a formação familiar do candidato. Afinal, o Ministério Público se define como defensor da família e isto não pode se dar apenas no processo judicial, pois a lei não faz essa restrição.

Exemplificando a questão do concurso, basta citar o caso de admissão para Delegados de Polícia. Nessa carreira deveria exigir-se do candidato: liderança (para comandar os subordinados), raciocínios dedutivo e indutivo (para produção de provas), coragem (para enfrentar os criminosos), ética (para não se deixar corromper), visão administrativa (para dinamizar as atividades policiais). Mas, em lugar disso, os examinadores optam por provas que avaliam apenas mero conhecimento teórico de questões absurdas e irreais. Agora, de que adianta um Delegado teórico, de gabinete?

Nenhum cidadão deve ser obrigado a tolerar autoridades mal-humoradas, com seus “chiliques” pessoais, crise de poder pessoal e conflitos interiores. Principalmente pelo fato de que nesse tipo de cargo os representantes são formadores de opinião, e uma conduta incompatível poderá causar uma repercussão negativa de proporção relevante.

O conceito atual de *inteligente* passou a ser definido pela inteligência emocional. Não se concebe mais, como já vi colegas fazendo, criar polêmicas em processo por causa da atualização consistente em um real – o custo/benefício dessa medida não justifica a celeuma, aliás, traz é dano ao incapaz e ao patrimônio público, em face da demora da definição da demanda e pelo fato de parar a máquina administrativa.

Do raciocínio lógico

Deve-se buscar avaliar a habilidade do candidato em entender a estrutura lógica de relações arbitrárias entre pessoas, lugares, objetos ou eventos fictícios, em deduzir novas informações das relações fornecidas e em avaliar as condições usadas para estabelecer a estrutura daquelas relações. Utilizar estímulos visuais na prova, constituídos de elementos conhecidos e significativos, visando analisar as habilidades dos candidatos para compreender e elaborar a lógica de uma situação, utilizando-se as funções intelectuais: raciocínio verbal, matemático, sequencial, orientação espacial e temporal, formação de conceitos, discriminação de elementos. Em síntese, questões da prova que destinariam a medir a capacidade de compreender o processo lógico que, a partir de um conjunto de hipóteses, conduz, de forma válida, a conclusões determinadas.

Essas qualidades deveriam ser avaliadas nos candidatos aos cargos jurídicos mais relevantes, evitando-se os meros decoradores de leis com respostas sem raciocínio lógico-jurídico; afinal, decorar até papagaio sabe.

Justiça não se faz apenas no Fórum

O profissional e acadêmico do Direito precisa relembrar que não atua apenas no fórum. Deve também atuar no Legislativo, para auxiliar na confecção de boas leis, e no Executivo, para orientar a aplicação das leis e dos recursos em prol da sociedade.

Nos bancos escolares aprende-se a cultivar o processo como forma de se fazer justiça. Na realidade, essa é uma concepção elitista, pois os verdadeiros necessitados não têm condição nem de acesso ao processo. Resumindo, confundem acesso à Justiça com acesso ao Judiciário, sendo que este é apenas um dos meios de se fazer justiça.

Curiosamente, quando se elaboram as semanas jurídicas não constam em sua programação temas referentes à formação cultural do estudante.

Discutem-se questões de cunho processual, as quais, quando o corpo discente colar grau, dificilmente existirão, em razão de já terem sido solucionadas pelo tempo.

O estudante não é estimulado a participar do processo legislativo, apenas é informado da existência de algumas leis básicas (pois a grande maioria das leis sequer conhece) e que deve cumpri-las como um fiel súdito. Na verdade, vai para o mercado de trabalho desconhecendo por completo leis referentes a questões em que a sociedade moderna clama por soluções, como meio ambiente, consumidor, eleitoral, patrimônio público, execução penal, contravenção penal, juizado especial, planejamento familiar e muitos outros.

Criticam-se as leis editadas, e muitas são ruins mesmo, pois em lugar de solucionar problemas criam apenas dúvidas, até por causa de má redação, mas também não existe disposição efetiva da classe jurídica em colaborar com a atividade legislativa na fase de elaboração. É como esperar os erros da lei para argüí-los.

Entretanto, o Direito é meio de conseguir a paz social, e não uma forma de aumentar os conflitos e as desigualdades entre as pessoas.

Da reengenharia jurídica

Ademais, não é conveniente ampliar demasiadamente o número desses cargos, pois, em razão dessa alta quantidade, pode ocorrer uma perda do controle sobre os mesmos além da perda de qualidade. Portanto, é necessário que se aumente o número de assessores concursados com curso superior para auxiliar os agentes políticos, retirando-os das atividades meramente burocráticas, e com a cúpula da administração superior cobrando um envolvimento social maior e efetivo do membro da sua Instituição. Além de ser mais econômico para o Estado, pois o salário do assessor seria inferior ao do agente político, isso permitiria um controle maior da qualidade do trabalho, afinal o assessor estaria sob a supervisão direta de um agente político.

Atualmente, o candidato é aprovado em prova intelectual e dirige-se a uma comarca longínqua, onde a administração superior terá poucas oportunidades de observar realmente quem é o membro da carreira, em virtude da distância. Assim, a cúpula procura analisar algumas peças processuais, como se o recém-aprovado fosse um acadêmico de direito e estivesse fazendo algumas provas.

Portanto, reduzindo-se o número de agentes políticos, permite-se um

maior controle, e, aumentando-se o número de assessores, possibilita-se ampliação do fluxo do volume de serviço, maior controle deste servidor por parte do Promotor ou Juiz e redução de custos para o erário.

O Juiz e o Promotor e os advogados públicos recebem salários que não são pequenos para a realidade nacional, não podendo ficar fazendo serviço de mera execução ou de menor complexidade de elaboração. Devem apenas dirigir o serviço mecânico, para sobrar tempo para a atividade criativa.

Nem todo serviço jurídico é de complexidade intelectual, muitas peças são apenas copiadas, principalmente na execução cível. Não é necessário pagar um salário alto a todos que realizam esse serviço, bastaria que um dirigisse os técnicos com formação em Direito. Com a chegada do computador no mundo jurídico, podemos criar dois níveis de cargo para a carreira jurídica, um para planejar e decidir, e outro para apenas reproduzir, ambos formados em Direito. O Estado não pode pagar R\$4.000,00 para alguém ficar montando peças processuais sem complexidade; isso poderia ser feito pelos analistas jurídicos com salário de R\$1.500,00. Para muitas funções relevantes outrora, hoje basta dar um *clique* no computador. Seria, pois, função de técnico, mas como não tem curso técnico de Direito, alguns profissionais formados exerceriam essa função intelectual menos complexa.

Isso permitiria até maior distribuição de renda, pois mais pessoas teriam acesso a um salário, em lugar de acumular-se capital em uma pessoa com alto salário. Também haveria mais gente trabalhando, e a justiça seria mais rápida. Isso tudo será explicado de forma detalhada e com dados na obra chamada *Dossiê pela Reengenharia Jurídica*, que iremos publicar em breve.

Inclusive, estranhamente, quando se comete alguma falha processual, é comum extinguir-se o feito, sem nenhuma consequência para o profissional que ocasionou o erro, ou seja, a parte (o requerente, o cidadão) é que sai punida. Entendemos que a medida correta seria salvar o processo para declarar ou não o direito do requerente e remeter as peças com o erro processual para que o órgão de fiscalização apurasse a falta de conhecimento jurídico. Inclusive o próprio estatuto da OAB prevê punição por erro fulcrado em culpa grave.

Precisamos adotar a justiça preventiva. A medicina já atentou para isso. Chega de aguardar a doença acontecer para tentar sarar. Um exemplo simples seria identificar medidas protetivas como tem feito o PROCON de BH, em lugar de apenas atuar na repressão.

Do trabalho abstrato prevalecendo sobre o concreto, de execução

De início, este tipo de nova mentalidade profissional consistente em delegar funções e gerenciar a produtividade enfrentará resistências dos próprios servidores subordinados, pois terão dificuldade para aceitar esta visão de trabalho abstrato em desfavor da valorização do trabalho concreto. É fato que os servidores foram doutrinados para terem um chefe que trabalhe horas em processos e centralize tudo, ainda que de forma improdutiva e realizando atos de mera execução. Isso lhes dá uma sensação de segurança e, estranhamente, uma admiração pela autoridade.

Mas, precisamos de profissionais capazes de evitar o abuso de direito, pois a máquina estatal não pode ser acionada desnecessariamente. Devemos ter a noção de um Estado regulador das relações sociais, e não total provedor de uma sociedade composta por cidadãos sem responsabilidade, transferindo tudo para a tutela do Estado.

Um profissional da área jurídica medroso, e que possua cargo de poder, é tão prejudicial quanto um corrupto. Imagine um Promotor ou Delegado que apenas ajam em casos que não há repercussão, atuando em feitos de reprodução mecânica, os quais não lhes trarão grandes problemas, nem solucionarão os problemas da comunidade.

Produtividade não se mede pelo que se tem acumulado na prateleira, mas sim pelo que dela foi retirado

De forma incoerente, mede-se o volume de trabalho pelo número de processos em andamento, ou seja, se alguém produziu menos a tendência é realmente ter um volume de processos maior. Contudo, em lugar de identificar a causa para solucionar o problema, inclusive punindo por improdutividade, cria-se uma nova vara ou promotoria.

Tivemos oportunidade de conhecer um Juiz que permanecia por mais de noventa minutos interrogando uma pessoa para ser interditada. Pode parecer hilário, mas é grave em se tratando de serviço público.

Particularmente, conhecemos uma comarca em Minas Gerais onde uma vara possuía três vezes mais processos que a outra. Um certo dia resolveram redistribuir os processos e as duas passaram a ter o mesmo número de feitos. Contudo, dez anos depois a mesma vara improdutiva possuía não o triplo de processos, mas o quádruplo.

Exemplificando, esse tipo simplista de avaliação profissional permitiria que o pedreiro fosse mais bem remunerado que o engenheiro, ou que a secretária recebesse salário mais alto que o do médico. Portanto, não é o número de horas ou o trabalho concreto que deve ser medido para verificar o valor correto da remuneração ou a produtividade.

Inclusive, reclamamos dos nossos salários, porém dificilmente apresentamos um balanço dos nossos resultados, para o qual não podemos nos ater a dados referentes apenas a número de processos, pois isso nem sempre reverte em prol da sociedade e a pacificação social está efetivamente em atuar antes da fase judicial.

Basta citar o princípio da ampla defesa, que quase todos o entendem como sendo o direito de o réu poder fazer tudo para se defender, independentemente da legalidade e da moralidade. E, no processo civil, basta lembrar a dificuldade que é manter uma condenação em litigância de má-fé no Tribunal, onde atua a velha guarda, que é indubitavelmente mais conservadora juridicamente.

Modernidade no pensamento jurídico

Precisamos também modernizar nossos pensamentos quanto às rotinas de trabalho, ou seja, em lugar de ficarmos publicando editais apenas no átrio do fórum ou em jornais, devemos dar efetividade a esse ato através de anúncios nas rádios locais, emissoras de TV, Internet e em outros meios de comunicação. Em nossa comarca já contamos com o apoio da rádio comunitária.

Em suma, muitas coisas fazemos sem saber por que estamos fazendo, aquiescendo apenas porque sempre foi feito assim

Se observarmos os mandados judiciais, perceberemos que não são claros o suficiente para que o cidadão leigo os compreenda, o que acaba por intimidá-los, em lugar de intimá-los.

Também podemos citar o exemplo das turmas recursais dos juizados, em que, apesar de lei especial que dispensa o relatório, quase sempre existe o ato de relatar, para somente depois ir a julgamento, procedimento pelo rito antigo adotado pelos Tribunais. Isso, além de atrasar o julgamento, consome mais tempo dos julgadores.

Em lugar de se perguntar quantos processos possui a comarca, dever-se-ia ter consciência de quantas pessoas passam fome, quantas não têm moradia ou acesso à saúde e o que o seu trabalho está fazendo para melhorar tal situação

de forma efetiva e ativa. Afinal precisamos de profissionais jurídicos que cresçam e se aprimorem na velocidade do pensamento.

Alguns profissionais gabam-se de que o serviço está em dia!! Mas será que está? Os problemas da sociedade reduziram-se a um nível tolerável?? Ou a visão de dentro do seu gabinete está sendo restringida pela sua falta de iniciativa?

Se efetivamente participássemos do processo legislativo em busca de leis justas, e da aplicação desses recursos; inclusive atuando no planejamento familiar, certamente teríamos menos problemas judiciais para resolver.

Quando me perguntam qual o segredo para ser aprovado em concurso, e bem colocado, pois à época possuíamos dois empregos, respondo que muita fé, caridade, perseverança, além do estudo diário.

Síntese

Os profissionais do Direito, em especial Promotores e Juízes, devem ter conhecimento em áreas de Psicologia, Assistência Social, Administração Pública, Comunicação e Informática (inclusive Internet). Inacreditável como ainda não se exigem em concurso conhecimentos de informática para os candidatos aos cargos superiores, mas apenas para os de técnicos.

Em lugar das gratificações por tempo de serviço que estimulam o ócio, deveriam ser criadas gratificações por produtividade e aperfeiçoamento profissional.

A formação acadêmica deve ter uma base mais holística (generalizada e universal), voltada para obtenção de resultados que beneficiem a sociedade, desmistificando o dogma de que o processo judicial é o único meio de fazer justiça.

Os concursos devem avaliar o quociente emocional (inteligência emocional e executiva), a vocação, a experiência e o amadurecimento do candidato, inclusive fixando idade mínima, evitando-se, assim, os profissionais de "proveta", por deixarem de aquilatar apenas o critério intelectual de armazenamento de dados.

O importante não é o quanto se trabalha, mas o quanto e como se produz.

Há necessidade de se valorizar mais o estudo social e psicotécnico do candidato a cargos jurídicos, cujos resultados poderiam ser confirmados pelo examinador durante a entrevista ou prova oral.

Um profissional da área jurídica, mas sem coragem, e que possua cargo de poder, é tão prejudicial quanto um corrupto.

Nenhum cidadão deve ser obrigado a tolerar autoridades mal-humoradas, com seus "chiliques" pessoais, crise de poder pessoal e conflitos interiores, sem vocação para a vida pública, e que estão visando apenas ao *status* e à vaidade.

O Ministério Público deve buscar uma fiscalização construtiva e também a participação social; afinal, de acordo com a nova Carta Magna, deixou de ser apenas *custos legis* (fiscal da lei) e transformou-se em verdadeiro *custos juris* (fiscal do justo).

As curadorias ministeriais, como a da família, do patrimônio público e outras, não podem se restringir a manifestações processuais.

É mais econômico e eficiente para o Estado ampliar o número de assessores com curso superior para auxiliar, com salários menores, em lugar de simplesmente criar e prover os cargos de Promotores e Juizes, pois estes não podem mais consumir tempo com alvarás ou funções de mera execução. O salário do assessor poderia ser de 1/3 dos vencimentos líquidos (em face do Imposto de Renda) do agente político.

Precisamos ser líderes sociais para sermos agentes políticos. Atualmente mal somos servidores públicos razoavelmente remunerados.

Para quem acha que o critério do psicotécnico é subjetivo, basta lembrar que na prova oral o examinador nem fundamenta a nota concedida, enquanto que naquele exame o profissional expõe as bases da sua conclusão. E mais, inclusive na prova dissertativa, a maioria dos examinadores não justificam a nota atribuída. É de se indagar onde está a subjetividade. O problema é que precisamos renovar os nossos conceitos.

De forma incoerente, mede-se o volume de trabalho pelo número de processos em andamento, ou seja, se alguém produziu menos, a tendência é realmente ter um volume de processos maior. Contudo, em lugar de identificar a causa para solucionar o problema da improdutividade, cria-se uma nova vara ou promotoria.

Deve-se preocupar mais com a formação ética (caráter) do acadêmico jurídico e do candidato ao cargo público, avaliando-se esse aspecto em momento anterior ao da admissão.

Conclusão

Por fim, constata-se que, em plena era digital, ainda temos um Direito artesanal.

Nenhum cidadão deve ser obrigado a tolerar autoridades mal-humoradas, com seus "chiliques" pessoais, crise de poder pessoal e conflitos interiores, sem vocação para a vida pública, e que estão visando apenas ao *status* e à vaidade.

O Ministério Público deve buscar uma fiscalização construtiva e também a participação social; afinal, de acordo com a nova Carta Magna, deixou de ser apenas *custos legis* (fiscal da lei) e transformou-se em verdadeiro *custos juris* (fiscal do justo).

As curadorias ministeriais, como a da família, do patrimônio público e outras, não podem se restringir a manifestações processuais.

É mais econômico e eficiente para o Estado ampliar o número de assessores com curso superior para auxiliar, com salários menores, em lugar de simplesmente criar e prover os cargos de Promotores e Juizes, pois estes não podem mais consumir tempo com alvarás ou funções de mera execução. O salário do assessor poderia ser de 1/3 dos vencimentos líquidos (em face do Imposto de Renda) do agente político.

Precisamos ser líderes sociais para sermos agentes políticos. Atualmente mal somos servidores públicos razoavelmente remunerados.

Para quem acha que o critério do psicotécnico é subjetivo, basta lembrar que na prova oral o examinador nem fundamenta a nota concedida, enquanto que naquele exame o profissional expõe as bases da sua conclusão. E mais, inclusive na prova dissertativa, a maioria dos examinadores não justificam a nota atribuída. É de se indagar onde está a subjetividade. O problema é que precisamos renovar os nossos conceitos.

De forma incoerente, mede-se o volume de trabalho pelo número de processos em andamento, ou seja, se alguém produziu menos, a tendência é realmente ter um volume de processos maior. Contudo, em lugar de identificar a causa para solucionar o problema da improdutividade, cria-se uma nova vara ou promotoria.

Deve-se preocupar mais com a formação ética (caráter) do acadêmico jurídico e do candidato ao cargo público, avaliando-se esse aspecto em momento anterior ao da admissão.

Conclusão

Por fim, constata-se que, em plena era digital, ainda temos um Direito artesanal.

REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO ACESSO À BIODIVERSIDADE

FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Sumário: 1. Introdução – 2 Biodiversidade e patrimônio nacional – 3 Proteção jurídica à propriedade intelectual – 4 Competência para regulamentar o acesso à biodiversidade – 5 Inconstitucionalidade da medida provisória – 6 Princípios protetivos aplicáveis ao acesso aos recursos genéticos – 7 Mecanismos de controle do acesso à biodiversidade – 8 Contrato de acesso – 9 Contratos conexos de acesso – 10 Execução e acompanhamento dos contratos de acesso – 11 Retribuição ao Estado – 12 Acesso aos recursos em condições *ex situ* – 13 Desenvolvimento e transferência de tecnologia – 14 Proteção do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos – 15 Conclusão

1 Introdução

A Constituição da República brasileira determina, em seu art. 225, que cabe ao Poder Público e à coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, impõe-se preservar a diversidade biológica e a integridade do patrimônio genético nacional.

Até a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente – RIO 92, em todo o mundo o acesso aos recursos não sofria qualquer restrição, pois a biodiversidade era considerada patrimônio da humanidade. O art. 15 da Convenção sobre Diversidade Biológica, no entanto, reconheceu os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, bem como que a competência para autorizar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais, devendo as condições de acesso estar sujeitas a legislação nacional. A partir de então difundiu-se a idéia de que os Estados nacionais têm direitos sobre seus próprios recursos biológicos, sendo responsáveis pela preservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável desses recursos. Surge, assim, a necessidade de regulamentar adequadamente o acesso aos recursos genéticos nativos, a transferência de tecnologias pertinentes e a repartição justa dos benefícios derivados do uso de tais recursos.

Cabe aos Estados-Membros da Federação, com base na competência concorrente estabelecida pelo art. 24, inciso VI, produzir legislação capaz de

preservar os recursos genéticos nativos e produtos derivados, em face do relevante interesse público envolvido.

Uma tal regulamentação deve orientar-se segundo premissas de que os recursos genéticos nativos e produtos derivados são bens de relevante interesse público; o acesso e a exploração de tais recursos devem ficar sujeitos ao controle do Poder Público; o acesso às áreas situadas em unidades de conservação estadual ou de propriedade do Estado está sujeita a autorização do órgão competente que a administra ou é responsável por ela; que, quando houver conhecimento tradicional associado, o acesso e a exploração dos recursos somente podem acontecer após consentimento esclarecido das comunidades envolvidas e, ainda, que o Estado pode cobrar taxa pelo exercício do poder de polícia de controle do acesso aos recursos genéticos.

A medida regulamentar é de especial importância para o combate dos efeitos nocivos decorrentes da adoção do sistema de patentes sobre os recursos genéticos existentes em território nacional. Com a Lei nº 9.279/96, os produtos, da forma como existem na natureza, não são patenteáveis. Contudo, a engenharia genética tem conseguido sintetizar produtos recombinantes praticamente idênticos ou muito semelhantes aos existentes na natureza, dando margem a discussão quanto à possibilidade de patenteamento.

Juridicamente, pode-se patentear tanto o produto final quanto o seu processo de obtenção. Quando se chega a um novo produto farmacêutico, pede-se não somente uma, mas diversas patentes, envolvendo todos os processos conhecidos para chegar-se àquele produto, abrangendo uma grande amplitude de direitos. Por outro lado, a inversão do ônus da prova, estabelecida no art. 42, § 2º, sempre penaliza a pequena empresa.

O patenteamento implica aquisição de propriedade intelectual e confere ao seu titular direitos patrimoniais sobre a invenção, tais como a proibição da reprodução da matéria viva, autorização para o desenvolvimento de pesquisas, concessão para venda de sementes e o recebimento de royalties a cada operação comercial.

Reconhecendo haver desproporção de recursos entre as empresas farmacêuticas estrangeiras e as nacionais, a Lei de Patentes, em seu art. 68, § 1º, impõe a obrigatoriedade da produção local do produto patenteado no Brasil. A interpretação tradicional dada pelo Brasil ao art. 5º da Convenção de Paris indica que a exploração efetiva somente se dá com a produção local do produto. Em caso de não exploração, tem-se a licença compulsória da patente do produto para que a exploração no País seja livre. Tal medida constitui consectário natural

do princípio da função social da propriedade. Entretanto, o referido posicionamento confronta-se com o disposto no acordo TRIPS¹, que proíbe a obrigatoriedade de fabricação local e/ou restrições à importação, e tal situação pode gerar acirradas disputas judiciais sobre o assunto.

O reconhecimento da propriedade intelectual sobre recursos genéticos importa sérias repercussões sociais. Como principais consequências socioeconômicas da possibilidade de patenteamento de produtos farmacêuticos, pode-se citar o aumento de preços ao consumidor, a diminuição do consumo e do bem-estar dos consumidores, a transferência de divisas ao exterior, o gasto adicional do setor público e o custo fiscal da assistência.² Como aspecto positivo, pode-se imaginar a abertura dos processos de fabricação, que possibilita a absorção de novas tecnologias, sem os pesados investimentos na pesquisa. Mas, na verdade, a Lei de Patentes é capaz de produzir reserva de mercado para as empresas multinacionais, acentuando a oligopolização internacional do mercado brasileiro, com indesejável concentração do poder decisório sobre a população nacional, no que se refere ao acesso aos medicamentos.

2 Biodiversidade e patrimônio nacional

Vale observar que a Constituição brasileira, no art. 225, dispõe que 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.

O meio ambiente, como bem juridicamente protegido, encontra definição legal no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. Por meio ambiente deve-se entender "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Diz ainda a Carta Política brasileira que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente, incumbe-se ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas

¹ Acordo da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPs, segundo sigla em inglês). Entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995 e obriga a todos os Estados-Membros da OMC. Implica obrigações em sete categorias dos direitos de propriedade intelectual e em todos os campos da tecnologia.

² VARELLA. *Propriedade intelectual de setores emergentes*, p.165.

à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225, § 1º). O § 4º do art. 225 dispõe, expressamente, que “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”.

A sociedade brasileira, ao reservar na Constituição de 1988 um capítulo especial para o meio ambiente, “toma consciência de que a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornara num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida”.³

Contudo, não se pode esquecer que o meio ambiente adquiriu relevância patrimonial expressiva. Cerca de 30% dos produtos farmacêuticos existentes no mercado advêm da bioprospecção.⁴ O mercado farmacêutico movimenta anualmente mais de US\$170 bilhões,⁴ e o interesse econômico das grandes empresas em pesquisar e manipular o meio ambiente revela que a diversidade ambiental é bem patrimonial que confere significativo poder a seu detentor. Com efeito, as riquezas naturais significam poder, mas os interesses especulativos das grandes corporações não podem sobrepujar o interesse do povo brasileiro em preservar seu meio ambiente.

Não é demais lembrar que a bioprospecção⁵ farmacêutica, muitas vezes, implica o acesso aos costumes de comunidades tradicionais locais ou indígenas.⁶ O conhecimento tradicional das comunidades locais ou indígenas é patrimônio cultural da Nação brasileira e, como tal, também deve ser preservado. Por conhecimento tradicional deve-se entender todo conhecimento, inovação ou prática individual ou coletiva de população indígena ou comunidade local, com

³ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p.718-719.

⁴ CORREA. *Indústria farmacêutica y biotecnológica*. p.1009.

⁵ Deve-se entender por bioprospecção a atividade exploratória que visa identificar componentes do patrimônio genético e informações sobre o conhecimento tradicional associado, com potencialidade de uso comercial. Por conhecimento tradicional associado deve-se entender todo conhecimento, inovação ou prática individual ou coletiva de população indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associado a recurso genético ou a produtos derivados, protegido ou não por regime de propriedade intelectual.

⁶ Por comunidade tradicional, local ou indígena, deve-se entender todo grupo humano distinto por suas condições sociais, culturais e econômicas, que se organiza total ou parcialmente por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação especial e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conserve suas próprias instituições sociais, econômicas e culturais ou parte delas.

valor real ou potencial, associado a recurso genético ou a produtos derivados, protegido ou não por regime de propriedade intelectual.

3 Proteção jurídica à propriedade intelectual

A Lei Federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996, estabeleceu no Brasil proteção jurídica para a propriedade intelectual, por meio do sistema de patentes. Reconhecida a patente de determinada invenção, o titular do direito adquire direitos morais e patrimoniais sobre o objeto da patente. Isso significa, por exemplo, que o titular do direito de propriedade pode impedir a utilização do objeto da patente ou cobrar royalties pela utilização permitida.

Vale observar que nem tudo pode ser objeto de patente. Conforme o art. 8º da referida lei, “é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Complementando essa idéia, o art. 9º estabelece que “é patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”. Isto quer dizer que pode-se obter a patente de produtos e de processos de criação e transformação de produtos. Os milionários interesses da indústria farmacêutica podem oferecer exemplos elucidativos: é possível obter patente sobre o produto farmacêutico em si e dos diversos processos químicos pelos quais se chega a esse produto final. Mas, a propriedade intelectual exige que os objetos ou processos decorram da atividade criativa do espírito humano. Não se pode patentear as coisas como se encontram na natureza ou os processos naturais. Nesse sentido, esclarece o inciso IX do art. 10 que não se considera invenção nem modelo de utilidade o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

No entanto, o art. 18 da Lei de Patentes, em seu inciso III, estabelece perigosa exceção à regra da impossibilidade da propriedade intelectual sobre organismos encontrados na natureza. Dispõe o referido artigo que não são patenteáveis “o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta”.

A disposição legal deixa clara a possibilidade de patenteamento dos

organismos transgênicos, quando presentes as características da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. O transgênico não existe na natureza, mas deriva de elemento constante na natureza. É considerado, portanto, uma invenção do gênio criativo do homem, e não simples descoberta. Esclarece o parágrafo único do art. 18 da Lei de Patentes que, "para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais". A redação não é muito clara, mas pode-se chegar à conclusão de que são considerados organismos transgênicos o todo ou parte de plantas ou de animais que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais. O todo ou a parte de plantas ou de animais que não expressem essa característica não constitui transgênico. Assim, havendo a intervenção criativa do homem, há possibilidade de se reconhecer propriedade intelectual para o todo ou parte de plantas ou de animais que apresentem as alterações genéticas produzidas pelo gênio inventivo humano.

Os problemas gerados com o patenteamento dos transgênicos são claramente apontados pelo Prof. Marcelo Varella.⁷ Como principal problema tem-se a possibilidade de a engenharia genética conseguir sintetizar produtos recombinantes praticamente idênticos ou muito semelhantes aos presentes na natureza e, assim, com a obtenção do patenteamento, que sejam reconhecidos direitos patrimoniais sobre organismos que podem ser encontrados na natureza. Por outro lado, com o reconhecimento da propriedade intelectual sobre processos de obtenção de produtos, é possível que um mesmo titular obtenha o patenteamento de todos os processos conhecidos para se chegar a determinado produto final, instituindo monopólio contrário aos interesses sociais.

Em especial quando se trata de patenteamento na indústria farmacêutica, não se pode esquecer suas repercussões sociais. "As patentes nesse setor geram fortes conseqüências sobre a economia dos países, para uns positivas, para outros negativas ao desenvolvimento científico e tecnológico. Seus efeitos atingem a população como um todo, uma vez que os produtos farmacêuticos fazem parte do que chamamos de produtos de consumo inelásticos, ou seja, a população tem que comprá-los, mesmo a preços mais elevados, pois são indispensáveis à manutenção da vida, à própria existência humana.

⁷ VARELLA. *Propriedade intelectual de setores emergentes*, p.147-148.

Em um país como o Brasil, de dimensões continentais e com um dos maiores índices populacionais do planeta, onde a pobreza e o conseqüente grande número de doenças assolam milhões de pessoas diariamente, o desenvolvimento deste setor atinge prioridade ímpar, situando-se lado a lado com os problemas mais importantes de nossa nação.”⁸

Dada a magnitude do interesse social envolvido, não pode o Poder Público descuidar do patrimônio genético que pertence ao povo brasileiro. Nesse contexto de defesa das riquezas nacionais, a regulamentação do acesso à biodiversidade ganha especial colorido: impedir que a exploração da biodiversidade contrarie os interesses sociais.

A Constituição brasileira, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, impõe que esta deva atender à sua função social. A função social da propriedade é considerada pela Constituição de 1988 como princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, inciso III), sendo que esta tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Certamente, os dispositivos constitucionais que vinculam o direito de propriedade à observância de sua função social representam concessão à democracia social. Se a propriedade não atende à sua função social, o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o interesse individual.

Sobre o tema, a Senadora Marina Silva já ressaltou:

“Nossa situação – a de um país dotado de enormes recursos de diversidade biológica – deve ser vista como um trunfo para a resolução de importantes problemas internos, sobretudo aqueles relacionados à miséria e à fome e, ao mesmo tempo, para o estabelecimento de uma referência forte e propositiva no âmbito das relações internacionais. É, assim, tarefa das mais relevantes, tanto para a sociedade quanto para seus representantes, dedicar ao tema biodiversidade o esforço político, técnico e institucional que ele requer, como alavanca estratégica de nossa construção como nação.”⁹

⁸ VARELLA. *Propriedade intelectual de setores emergentes*, p.143-144.

⁹ SILVA. *A biodiversidade e o jogo do poder*, <<http://www.senado.gov.br/web/senador/marinasi/marinasi.htm>>.

4 Competência para regulamentar o acesso à biodiversidade

O art. 24, inciso VI, da Constituição Federal brasileira, reza que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

A competência concorrente estabelecida é novidade estatuída pela Constituição brasileira de 88 e, segundo lição do Prof. Raul Machado Horta, "cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais".¹⁰

A repartição da competência legislativa decorre da nova conformação que se deu ao federalismo brasileiro. Com efeito, "o federalismo de hoje é consciente de sua dimensão política e não é visto apenas como uma técnica de convivência de disparidades em uma certa unidade, pelo contrário, sobretudo após a década de sessenta, em razão das severas críticas de que foi e tem sido objeto o *welfare state*, o federalismo passa a ser visto como instrumento de uma maior efetividade da cidadania, inclusive direta, na medida em que descentraliza o poder e permite uma maior proximidade do cidadão dos pólos de poder, dos centros de decisão".¹¹ É a consolidação do federalismo vertical ou de cooperação.

Como o novo modelo de ordem jurídica concilia a participação dos entes federativos, tornou-se necessário definir as regras da participação da União e dos Estados na formação do sistema jurídico misto. Nos parágrafos do art. 24, o texto constitucional esclarece que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. O que significa que aos Estados-Membros coube a regulamentação das particularidades locais, ou seja, a disposição dos pormenores que atendem às peculiaridades regionais. Expressamente a Constituição Federal esclarece que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Nem mesmo a inexistência de norma geral, de competência da União, impede que o Estado-Membro estabeleça proteção jurídica ao meio ambiente. Novamente a Constituição é expressa em afirmar que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Nesse caso, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual apenas no que lhe for contrário.

¹⁰ HORTA. *Direito constitucional*, p.366.

¹¹ CARVALHO NETO. *Delimitação do quadro de pressupostos norteadores do trabalho de sistematização da legislação ambiental do Estado de Minas Gerais*, p.3.

Assinala ainda o Prof. Machado Horta que "é manifesta a importância desse tipo de legislação em federação continental, como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exploradores e Estados consumidores ... A legislação concorrente, não obstante as omissões, alargará o domínio dos poderes reservados aos Estados e certamente abrirá aos Estados um período de atividade legislativa profundamente diverso do período de retraimento dos poderes reservados, no qual viveram os Estados-Membros, em contraste com a plenitude dominadora dos poderes enumerados da Federação".¹²

Com base na competência concorrente estabelecida, os Estados-Membros da Federação podem e devem produzir legislação capaz de preservar os recursos genéticos nativos e produtos derivados, em face do relevante interesse público envolvido. Nesse aspecto estarão regulamentando a Convenção da Biodiversidade, que ingressou na ordem jurídica nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994. Sobre a legislação protetiva do meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou várias vezes no sentido da pertinência da legislação estadual, supletiva e complementar à federal.¹³

Externando zelosa preocupação com a necessidade de regulamentar o acesso à biodiversidade, o Estado do Amapá já conta com a Lei Estadual nº 388/97. Do mesmo modo, o Estado do Acre conta com a Lei Estadual nº 1.235/97.

Em Minas Gerais, a Secretaria de Estado Ciência e Tecnologia constituiu comissão para elaborar um anteprojeto de lei para subsidiar legislação relativa ao acesso à biodiversidade no Estado.¹⁴ O anteprojeto transformou-se no Projeto de Lei nº 1.214, de 22 de setembro de 2000, e encontra-se tramitando na casa legislativa estadual.

No Congresso Nacional brasileiro tramitam os Projetos de Lei nº 306/95, nº 4.579/98 e nº 4751/98, que visam regulamentar o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "e", e 15 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispondo sobre o acesso ao patrimônio

¹² HORTA. *Direito constitucional*, p.367.

¹³ STF – Ag. Rg. no AI 147.111-6 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 13.08.1993; e STF – RE 144.884-9 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 07.02.1997.

¹⁴ A Resolução nº 234/99 foi publicada no "Minas Gerais" nº 197, de 16 de outubro de 1999, Caderno I, p.1. A comissão encarregada do anteprojeto foi constituída pelos Drs. Antonio Joaquim Fernandes Neto, Cleines de Faria e Silva, Edna Cardoso Dias, Fernando Galvão da Rocha, Floriano Bernardino da Costa Santos, Geraldo de Faria Martins da Costa, José Aleixo Ribeiro, José Alfredo Baracho Júnior, Menelick de Carvalho Neto e Sérgio Augusto Dias Florêncio.

genético e ao conhecimento tradicional associado, bem como sobre a repartição dos benefícios derivados de sua utilização.

Não obstante a complexa discussão que se trava no Congresso Nacional, o Vice-Presidente da República, no exercício da Presidência, editou a Medida Provisória nº 2.052, de 29 de junho de 2000, regulamentando o acesso à biodiversidade. Essa medida provisória foi reeditada, sucessivamente, até os dias atuais, tendo recebido posteriormente à sua primeira versão o número 2.126/01.

5 Inconstitucionalidade da medida provisória

A medida provisória, lamentavelmente, apresenta problemas que comprometem sua constitucionalidade. Inicialmente, em seu art. 2º, condiciona a exploração do patrimônio genético existente no País à autorização ou permissão da União. Mesmo em se tratando de terras de propriedade particular ou dos Estados-Membros da Federação, a exploração depende de intervenção da União. No caso, a medida provisória estabeleceu forma centralizada de controle que desrespeita a competência legislativa concorrente dos Estados-Membros para dispor sobre os interesses locais. Segundo os termos da medida provisória,

o Estado-Membro não é sequer é consultado sobre a exploração do patrimônio genético existente em seu território.

A interferência abusiva torna-se mais evidente com o art. 10, que estabelece que o Poder Executivo criará o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, composto de representantes dos órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência legal sobre as diversas ações de que trata a medida provisória, com a finalidade de, entre outras: acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado; deliberar sobre autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético; deliberar sobre autorização de acesso a conhecimento tradicional associado; deliberar sobre autorização especial de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento; deliberar sobre

autorização especial de acesso a conhecimento tradicional associado à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento; deliberar sobre credenciamento de instituição pública nacional de pesquisa e desenvolvimento ou de instituição pública federal de gestão para autorizar outra instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, a acessar amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado... etc.

Pela análise dos dispositivos da medida provisória que conferem poderes ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, percebe-se que houve manifesta invasão de competência legislativa, não restando ao Estado-Membro nenhuma possibilidade para avaliar a conveniência ou oportunidade da bioprospecção que se realize nas áreas de seu território.

Com efeito, a medida provisória concentrou na União todos os poderes de autorização, fiscalização e controle das atividades de acesso à biodiversidade. Dessa forma, regulamentou não somente os princípios gerais que lhe são próprios conforme a competência concorrente, mas também os assuntos de interesse local, que foram deferidos pela Constituição ao Estado-Membro.

Note-se que a concentração de poder, que fere manifestamente a previsão da competência legislativa concorrente, é instrumentalizada de maneira nociva aos interesses do País. Veja-se o disposto no art. 10 da primeira versão da medida provisória, que regulariza a atividade exploratória ofensiva ao patrimônio nacional exercida anteriormente à edição da referida medida. Dispunha o art. 10 que “à pessoa de boa-fé que, até 30 de junho de 2000, utilizava ou explorava economicamente qualquer conhecimento tradicional no país, será assegurado o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores”. Na versão atualizada da Medida Provisória nº 2.126/01, de 26 de abril de 2001, o art. 37 consolida essa situação, ao dispor que ficam convalidados os atos praticados com base na medida provisória anterior, e, assim, regressivamente, acoberta toda a atividade de biopirataria praticada contra o povo brasileiro.

A primeira edição da medida provisória foi fortemente criticada pelos ambientalistas, que a apelidaram de *Medida da Novartis*. O apelido faz referência ao acordo de cooperação assinado entre a empresa multinacional de origem suíça Novartis Pharma AG e a Associação Brasileira para o Uso Sustentável da

Biodiversidade da Amazônia (BioAmazônia), que previa o envio em larga escala para o exterior de extratos derivados da biodiversidade encontrada na Amazônia. Nos termos do acordo, a Novartis patentearia e controlaria sozinha os produtos que ela pudesse criar a partir de microorganismos, fungos e plantas coletadas pela BioAmazônia. A Novartis poderia, ainda, ter o direito de transferência e uso dos materiais genéticos selecionados e teria acesso irrestrito aos dados taxonômicos, genéticos, aos processos de isolamento, meios de cultura, tecnologias de multiplicação e de replicação de microorganismos, fungos e plantas, ou seja, a todos os aspectos que envolvem a exploração desse material brasileiro. Conforme a medida provisória, se considerarmos que o acordo foi celebrado de *boa-fé*, os direitos da Novartis foram preservados em detrimento do interesse nacional.

E as impropriedades não param por aí. Em sua primeira versão, o art. 14 da medida provisória determinava que, “em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pela autoridade competente, o ingresso em terra indígena, área pública ou privada para acesso a recursos genéticos dispensará prévia anuência das comunidades indígenas e locais e de proprietários”. Além de expressar ato de pura violência, que não se ameniza com a vinculação à idéia de relevante interesse público (veja-se o que se faz com a noção de relevância no emprego da medida provisória – art. 62 da CF), ocorre franco desrespeito ao art. 231, § 6º, da Constituição. Conforme a referida disposição constitucional, a exploração das riquezas naturais existentes em terras indígenas somente se deve dar quando houver relevante interesse público, conforme disposto em lei complementar. Ora, se a Constituição exige lei com *quorum* qualificado para regulamentar as hipóteses de exploração em terras indígenas, como poderia a medida provisória, emitida por um único agente político, conferir poderes ao Conselho de Gestão para analisar a relevância da ocupação das terras indígenas e a exploração de suas riquezas? O erro foi corrigido na nova versão da medida provisória, que, em seu art. 17, § 2º, determina a observância da disposição constitucional. Restou o ato de violência contra as comunidades locais e os proprietários, que deverão se sujeitar ao acesso determinado pela autoridade.

O acesso aos recursos genéticos do País constitui tema de especial importância para o povo brasileiro. O governo federal percebeu muito bem tal importância e, violando a competência legislativa concorrente, tomou para si todos os poderes inerentes ao controle das atividades de acesso e manejo do patrimônio genético. Para enfrentar o abuso torna-se necessário constituir o instrumento jurídico de defesa local, que se materializa na lei estadual que

regulamente o acesso aos recursos genéticos no âmbito estadual, conforme as particularidades locais.

6 Princípios protetivos aplicáveis ao acesso aos recursos genéticos

Ao regulamentar o acesso aos recursos genéticos, o Estado-Membro deve explicitar os princípios que irão orientar as atividades de bioprospecção realizadas em seu território. Muito embora esta não tenha sido preocupação da medida provisória, tais princípios serão de significativa importância para a orientação das atividades desenvolvidas no meio ambiente e para o controle estatal, que visa à preservação da diversidade biológica.

Nos primeiros momentos da discussão sobre o controle do acesso ao patrimônio genético, sem prejuízo de outras orientações que venham a surgir do amadurecimento da questão, pode-se vislumbrar a conveniência de explicitar a necessidade de observância dos princípios da ação preventiva, da prudência e da responsabilidade. Ainda carentes de elaboração mais apurada, no momento, pode-se definir os princípios mencionados como sendo:

Princípio da Ação Preventiva: a atividade de prospecção deve orientar-se no sentido de evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente. A possibilidade de posterior reparação do dano eventualmente produzido não justifica qualquer descuido no exercício das formas de controle no desenvolvimento de atividade potencialmente lesiva.

Princípio da Prudência: somente se pode realizar atividade cuja dimensão do impacto ambiental seja conhecido e controlado de modo a não afetar a viabilidade dos ecossistemas envolvidos.

Princípio da Responsabilidade: a atividade lesiva ao meio ambiente gera responsabilidade de reparar os danos e somente pode ser desenvolvida por pessoa com idoneidade econômico-financeira para, em sendo necessário, promover a reparação dos danos causados.

7 Mecanismos de controle do acesso à biodiversidade

As discussões para a elaboração de projetos de lei estadual que regulamentem o acesso à biodiversidade têm como ponto de partida as disposições dos projetos em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, mas devem se adequar às peculiaridades locais. Os esforços têm-se orientado para fazer com que todo e qualquer procedimento de acesso aos recursos genéticos no território

do Estado dependa de autorização prévia e da assinatura e publicação de contrato entre o Poder Público e as pessoas físicas ou jurídicas interessadas. Fazendo com que o acesso dependa sempre de autorização, administrativamente o Estado-Membro poderá conhecer e fiscalizar todas as atividades de acesso e manipulação dos recursos naturais existentes em seu território.

Sempre que o acesso envolver conhecimento tradicional associado, deve-se fazer com que ele dependa ainda do consentimento prévio e informado das comunidades em questão. O Poder Público tem obrigação de proteger o patrimônio cultural de seu povo e impedir a exploração das comunidades tradicionais pelos interesses do mercado.

Como forma de proteção do patrimônio nacional, pretende-se que a autorização para acesso ao recurso genético, produto derivado e conhecimento tradicional associado só seja concedida à instituição nacional de reconhecida idoneidade e capacidade técnica, pública ou privada, que exerça atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas, humanas e afins. A participação de pessoa jurídica sediada no exterior na coleta de amostra de recursos genéticos ou produtos derivados ou de informações relativas ao conhecimento tradicional associado somente deve ser autorizada quando feita em conjunto com instituição pública nacional, sendo a coordenação das atividades obrigatoriamente realizada por esta última. Não se pode conceber que empresa estrangeira tenha acesso aos recursos genéticos brasileiros sem que o povo brasileiro possa compartilhar dos benefícios decorrentes de tal atividade ou controlar os efeitos nocivos da bioprospecção.

Deve-se prever que, a qualquer tempo, quando exista perigo de dano grave e irreversível decorrente de atividades de acesso aos recursos, o Poder Público possa adotar todas as medidas necessárias a impedir o dano, podendo inclusive sustar ou manter as atividades desenvolvidas no meio ambiente. Por outro lado, não se pode admitir que a falta de certeza científica absoluta sobre o nexo causal entre a atividade de acesso aos recursos genéticos e o dano possa ser alegada para postergar a adoção das medidas eficazes à proteção ambiental. A defesa do patrimônio nacional deve prevalecer sobre qualquer interesse econômico de particulares.

É importante que, para obter a autorização e firmar o contrato de acesso aos recursos genéticos, a pessoa física ou jurídica interessada apresente solicitação, acompanhada de projeto detalhado para as atividades de acesso, em que constem pelo menos os seguintes itens: a) identificação completa do solicitante, que deve ter idoneidade para contratar, e comprovação da capacidade

técnica das pessoas ou entidades associadas ou de apoio e do provedor dos recursos genéticos,¹⁵ produtos derivados ou do conhecimento tradicional; b) informação completa sobre o cronograma de trabalho previsto, o orçamento e as fontes de financiamento; c) informação detalhada e especificada dos recursos genéticos, produtos derivados ou do conhecimento tradicional a que se pretende ter acesso, incluindo seus usos atuais e potenciais, sua sustentabilidade ambiental e os riscos que possam decorrer do acesso; d) descrição circunstanciada dos métodos, técnicas, sistemas de coleta e instrumentos a serem utilizados; e) localização precisa das áreas onde serão realizados os procedimentos de acesso; f) indicação do destino do material coletado e seu provável uso posterior.

Quando o acesso envolver um conhecimento tradicional, não se poderá firmar contrato de acesso sem o consentimento prévio e informado das populações locais ou da comunidade indígena.

Sem prejuízo das cominações cíveis e penais cabíveis, a regulamentação jurídica do acesso aos recursos genéticos deve prever sanções administrativas para as infrações cometidas pela prospecção que contrarie as condições especificadas nos contratos de acesso ou nos contratos conexos de acesso. Em especial, deve-se declarar a ilegalidade do uso de recursos genéticos e seus produtos derivados, para fins de pesquisa, conservação ou aplicação industrial ou comercial, quando não tenham sido objeto de contrato de acesso ou com infração de suas disposições.

8 Contrato de acesso

O contrato de acesso é a materialização do acordo firmado entre o Estado-Membro e as pessoas, físicas ou jurídicas, interessadas no acesso aos recursos genéticos, que estabelece os termos e condições para o acesso, incluindo obrigatoriamente a repartição de benefícios e a transferência de tecnologia, de acordo com o previsto na lei estadual.

Devem ser partes no contrato de acesso o Estado-Membro, representado por seu órgão competente, o solicitante do acesso e o provedor do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado, nos casos de contrato de acesso que envolvam estes componentes. A regulamentação da forma como se deva considerar obtido o consentimento prévio e informado das populações

¹⁵ Por provedor de recursos genéticos deve-se entender a entidade que está capacitada, segundo os termos da lei estadual e por meio de contrato de acesso, para participar do processo decisório a respeito do provimento do recurso ou material genético.

tradicionais, locais ou da comunidade indígena constitui problema especial. Como orientação fundamental, tem-se apenas que a forma de obtenção do consentimento não pode contrariar as tradições de liderança e representatividade das comunidades envolvidas.

Quando a solicitação de acesso envolver um conhecimento tradicional ou um cultivo agrícola domesticado, o contrato de acesso deve incorporar um anexo, denominado contrato acessório de utilização de conhecimento tradicional ou de cultivo agrícola domesticado, subscrito pelo provedor do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado e pelo solicitante, que estabeleça a compensação justa e equitativa relativa aos benefícios provenientes da utilização de tal conhecimento tradicional, indicando-se expressamente a forma de tal participação.

No contrato de acesso devem constar todas as demais condições e obrigações a serem cumpridas pelas partes, merecendo especial destaque:

I – definição do objeto e prazo do contrato de acesso;

II – indicação dos benefícios de toda a ordem (econômicos, sociais, tecnológicos, biotecnológicos, científicos e culturais), consignando-se sua distribuição inicial e posterior;

III – determinação da titularidade de eventuais direitos de propriedade intelectual e de comercialização dos produtos e processos obtidos e das condições para concessão de licenças;

IV – determinação das formas de identificação de amostras que permitam o acompanhamento das atividades de bioprospecção;

V – obrigação do solicitante de não ceder ou transferir a terceiros o acesso, manejo ou utilização dos recursos genéticos e seus produtos derivados sem o consentimento expresso do órgão público competente e, quando for o caso, das comunidades locais ou populações indígenas detentoras do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado, objetos do procedimento de acesso;

VI – compromisso do solicitante de comunicar previamente ao órgão público competente sobre as pesquisas e utilizações dos recursos genéticos e produtos derivados objetos do acesso;

VII – compromisso do solicitante de informar previamente ao órgão público competente sobre a possibilidade de obtenção de produtos ou processos novos ou distintos daqueles objetos do contrato, os quais deverão importar em novo contrato de acesso;

VIII – obrigação do solicitante de apresentar ao órgão público competente relatórios periódicos dos resultados alcançados;

IX – compromisso do solicitante de solicitar a prévia autorização ao órgão público competente para a transferência ou movimentação dos recursos genéticos e produtos derivados para fora das áreas designadas para o procedimento de acesso;

X – obrigação de depósito das amostras do recurso genético e produtos derivados objetos do acesso, incluindo todo material associado, em instituição designada pelo órgão público competente, com expressa proibição de saída do Estado de amostras únicas;

XI – indicação dos mecanismos de captação, distribuição, movimentação e transferência das amostras;

XII – eventuais compromissos de confidencialidade, pelas partes contratantes, sobre aspectos que envolvam direitos de propriedade intelectual;

XIII – estabelecimento de garantia que assegure o ressarcimento, em caso de descumprimento das estipulações do contrato por parte do solicitante;

XIV – estabelecimento de cláusula de indenização por responsabilidade contratual, extracontratual e por danos ao meio ambiente;

XV – submissão a todas as demais normas estaduais e nacionais, em especial as de controle sanitário, biossegurança, proteção do meio ambiente e aduaneiras;

XVI – participação estadual nos benefícios econômicos, sociais e ambientais dos produtos e processos derivados das atividades de acesso.

O contrato de acesso deve garantir que quaisquer trabalhos desenvolvidos em terra indígena dependam do consentimento prévio e informado daquela comunidade, respeitando-se os costumes e a tradição do povo indígena, bem como as suas riquezas naturais. É necessário deixar claro que constitui direito da comunidade indígena todo e qualquer conhecimento tradicional que detenha, em especial sobre as características ou propriedades de ecossistemas e habitats naturais, espécies vivas, vegetais ou animais, microorganismos, fármacos e essências naturais, ou quaisquer recursos ou processos biológicos ou genéticos, objetos de propriedade intelectual. Nesse sentido, deve-se garantir ainda que a comunidade indígena ou qualquer um de seus membros possa requerer o registro da propriedade intelectual, possibilitando o retorno dos benefícios advindos da exploração econômica do conhecimento à comunidade.

9 Contratos conexos de acesso

São contratos conexos de acesso aqueles necessários à implantação e ao desenvolvimento de atividades relacionadas ao acesso aos recursos genéticos e que sejam celebrados entre o solicitante e o proprietário ou possuidor de sítio onde se localize o recurso genético, bem como com a instituição pública ou privada que sirva de apoio nacional para as atividades de acesso, envolvendo obrigações que não devam fazer parte do contrato de acesso.

Por meio dos contratos conexos estipula-se a participação justa e eqüitativa das partes nos benefícios resultantes do acesso aos recursos genéticos, indicando-se expressamente a forma de tal participação.

O contrato conexo é instrumental ao contrato principal de acesso, de modo que a celebração do contrato conexo não autoriza o acesso aos recursos genéticos. O conteúdo do contrato conexo subordina-se ao contrato de acesso e aos termos da lei estadual que regulamenta o acesso à biodiversidade. É importante que a lei estadual preveja expressamente que o contrato conexo contenha cláusula suspensiva, que condicione o seu cumprimento à execução do contrato de acesso.

Não deve depender de contrato de acesso a colaboração da instituição pública ou privada de apoio nacional nas atividades de acompanhamento e controle do acesso aos recursos genéticos. Essa colaboração importa a apresentação de relatórios sobre as atividades de sua responsabilidade, conforme determinação da autoridade pública.

10 Execução e acompanhamento dos contratos de acesso

Para o melhor acompanhamento das atividades de acesso aos recursos genéticos é aconselhável que a legislação estadual determine que todos os procedimentos de acesso sejam supervisionados por instituição técnico-científica brasileira de reconhecido conceito na área objeto do procedimento, especialmente designada pelo órgão público competente.

Com efeito, a regulamentação jurídica do acesso à biodiversidade não constitui proteção ao meio ambiente se não estabelecer mecanismos de controle material das atividades de bioprospecção. A norma estadual não pode ser mera formalidade, que legitima o acesso aos recursos genéticos. O conteúdo material da regulamentação jurídica é o efetivo acompanhamento pelo Poder Público de toda atividade de pesquisa e manipulação de nossos recursos naturais.

O acompanhamento pelo Poder Público da execução do contrato de acesso visa impedir que o acesso deixe de observar as condições de cuidado previamente estabelecidas para a proteção dos interesses sociais envolvidos. Não acompanhar a execução do contrato de acesso, na verdade, seria pior do que não regulamentar o acesso à biodiversidade, pois conferiria legitimidade à prospecção que viola os interesses nacionais. O acesso que se realiza mediante contrato ostenta a aparência de atividade cuidadosa com o bem jurídico e, se não acompanhado, pode encobrir graves violações aos interesses do povo brasileiro. De nada adianta regulamentar formalmente o acesso ao patrimônio genético se não houver efetiva fiscalização quanto ao cumprimento das condições estabelecidas para o acesso.

11 Retribuição ao Estado

Além das remunerações e partilhas de benefícios contratadas entre os particulares, a legislação estadual deve assegurar ao Estado-Membro uma compensação pela intervenção realizada na biodiversidade, que poderá ser monetária ou em direitos de comercialização, conforme definido expressamente no contrato de acesso firmado.

Vale observar que o Poder Público deverá movimentar-se para controlar as atividades de acesso, sempre no interesse da sociedade, e os custos operacionais das ações protetivas do meio ambiente devem ser compensados. A retribuição que a pessoa interessada na bioprospecção faz ao Estado-Membro é sempre retribuição social.

Nesse sentido, os recursos oriundos dessa retribuição devem ser revertidos a um Fundo Estadual da Diversidade Biológica e destinados à conservação da biodiversidade nos limites do território estadual.

12 Acesso aos recursos em condições *ex situ*

Uma regulamentação jurídica para o acesso à biodiversidade não pode restringir-se aos recursos existentes *in situ*. Deve também regular o acesso aos recursos existentes fora de seu ambiente natural, ou seja, aqueles mantidos em instituições de pesquisa e manipulação de recursos genéticos. Seria de todo ineficiente controlar o acesso aos recursos situados em seu ambiente natural para, logo depois do acesso, perder o controle da destinação dada a esses recursos.

Para efetivamente regulamentar o acesso à biodiversidade, é necessário

que a legislação estadual enfrente o tema da transferência de material genético entre centros de conservação *ex situ* ou entre estes centros e terceiros, internamente ou mediante importação ou exportação. No interesse público, tais atividades também devem ser controladas e, assim, constituir modalidades especiais de contrato de acesso.

Situação que merece especial atenção é a que diz respeito à transferência de material genético realizado entre as universidades. Embora a finalidade precípua da universidade seja a pesquisa com vistas ao atendimento das necessidades sociais, suas atividades de bioprospecção devem sujeitar-se ao controle social. Note-se ainda que também as universidades privadas podem fazer pesquisas envolvendo o patrimônio genético do povo brasileiro e, nessas instituições, o interesse de lucro pode violar os interesses maiores da sociedade. Mesmo quando se tratar de universidade pública, as informações sobre as atividades de acesso à biodiversidade, os resultados obtidos e as potencialidades de exploração do patrimônio genético devem estar francamente disponíveis ao controle do Poder Público. A irrestrita autorização de acesso para as universidades pode abrir portas à realização dos interesses dos grandes grupos econômicos em detrimento dos interesses sociais. A legislação protetiva estadual não pode permitir tal situação.

Exigindo a realização de contrato de acesso para os recursos *ex situ*, o Estado-Membro poderá manter controle sobre as operações de transferências de material entre os centros de conservação, intervindo sempre que os interesses sociais estejam em perigo.

A legislação estadual deve aplicar aos contratos de acesso a recursos *ex situ* todas as formas de controle estabelecidas para o acesso em condições *in situ*. Tratando-se do mesmo patrimônio, não existem razões para o descuido com o recurso preservado fora de seu ambiente natural.

13 Desenvolvimento e transferência de tecnologia

A legislação estadual deve criar mecanismos que assegurem e facilitem aos pesquisadores nacionais o acesso e a transferência de tecnologias pertinentes para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica ou que utilizem recursos genéticos.

A regulamentação jurídica do acesso à biodiversidade é medida protetiva dos interesses sociais do povo brasileiro e nada mais conveniente do que garantir que a prospecção que se realiza em nosso patrimônio seja acompanhada por

pesquisadores nacionais. A medida tem como objetivo desenvolver a tecnologia nacional. Para que tal desenvolvimento aconteça é necessário que o Poder Público tenha acesso às amostras de material obtido com a atividade de bioprospecção e também conheça a tecnologia utilizada para manuseio dos recursos biológicos. Se a megadiversidade brasileira é riqueza, interessa ao povo brasileiro o domínio da tecnologia adequada à exploração sustentável de nossas riquezas naturais.

O interesse do desenvolvimento tecnológico conduz a discussão novamente às portas da universidade. É na universidade que os pesquisadores brasileiros podem desenvolver as tecnologias indispensáveis à utilização sustentável dos nossos recursos genéticos. O acesso aos recursos genéticos conservados em universidades, a troca de informações entre os centros de pesquisa nacionais e a cooperação institucional para o desenvolvimento tecnológico são atividades que se conciliam com os interesses sociais maiores.

Portanto, a legislação estadual que regulamenta o acesso aos recursos genéticos, embora deva considerar que as trocas de material entre as universidades constituem modalidades especiais de acesso, também deve saber estimular a cooperação institucional, atenuando as dificuldades para a pesquisa conjunta, de modo a promover o desenvolvimento nacional.

14 Proteção do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos

O conhecimento tradicional das comunidades locais ou indígenas, muitas vezes, indica a utilização industrial de determinado recurso natural. O acesso a esses recursos importa verdadeira intervenção na cultura das comunidades que incorporaram às suas tradições conhecimentos sobre a potencialidade dos recursos naturais.

É necessário reconhecer os direitos das comunidades locais de se beneficiar coletivamente por suas tradições e conhecimentos, bem como de serem devidamente compensadas pelo acesso aos recursos biológicos e genéticos, seja mediante a proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual ou por outros mecanismos a serem previstos no contrato de acesso.

Em respeito ao patrimônio cultural das comunidades locais ou indígenas, a regulamentação jurídica para o acesso aos recursos da biodiversidade deve assegurar a essas comunidades o direito de não permitir a coleta de recursos biológicos e genéticos e o acesso ao conhecimento tradicional em seus territórios, bem como o de exigir restrições a essas atividades fora de seus territórios, quando se demonstre que estas atividades ameacem a integridade de seu patrimônio

natural ou cultural.

Quando os conhecimentos, inovações e práticas desenvolvidas pelas comunidades locais ou indígenas resultarem de processos cumulativos de conservação e melhoramento da biodiversidade, nos quais não seja possível identificar um indivíduo responsável diretamente por sua geração, deve-se obedecer às regras específicas para direitos coletivos de propriedade intelectual.

O respeito às comunidades locais ou indígenas talvez seja um dos maiores desafios à sociedade pós-moderna, que é conduzida pela lógica da globalização das oportunidades de ganhos. Lamentavelmente, o Brasil nunca se caracterizou por respeitar tais comunidades.

15 Conclusão

A regulamentação jurídica do acesso à biodiversidade, em todas as suas peculiaridades, é exigência de garantia aos interesses maiores de cada sociedade. A biodiversidade constitui o maior patrimônio do Brasil e este fato é francamente conhecido pelos países em adiantado estágio de desenvolvimento.

O debate sobre a melhor forma de proteção ao meio ambiente é urgente.

Os Estados-Membros não precisam e não podem esperar pela iniciativa federal que estabelecerá as normas gerais para o acesso à biodiversidade. Também não podem se sujeitar a uma intervenção abusiva da União. No exercício de sua competência legislativa concorrente, cada Estado-Membro da Federação brasileira deve estabelecer os mecanismos de proteção dos recursos naturais existentes nos limites de seu território. A Constituição da República brasileira é muito clara. Inexistindo lei federal sobre assunto da competência concorrente, a competência do Estado-Membro é plena. A legislação estadual somente terá qualquer de seus dispositivos revogado quando a norma geral, editada pela União, estabelecer princípios gerais contrários a esses dispositivos.

No entanto, é forçoso reconhecer que a produção normativa resultante dessas preocupações chegará com muito atraso.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Medida provisória nº 2.052, de 21 de Junho de 2000. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e

dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. Medida provisória nº 2.126-7, de 26 abril de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

CORREA, Carlos M. Indústria farmacêutica y biotecnología: oportunidades y desafíos para los países en desarrollo. *Comércio Exterior*, México, v.4, n.11, 1992.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick de et al. *Delimitação do quadro de pressupostos norteadores do trabalho de sistematização da legislação ambiental do Estado de Minas Gerais*. Texto elaborado em outubro de 1998 pela Equipe de Consultoria Técnica constituída para dar apoio ao Grupo Parlamentar instituído pela Mesa da Assembléia Legislativa para coordenar o trabalho de consolidação da legislação estadual. Orientação: Prof. Menelick de Carvalho Neto, da UFMG. Não publicado.

VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes*. São Paulo: Atlas, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Marina; SILVA, Fernando A. Lyrio; ARCANJO, Francisco Eugênio M. A biodiversidade e o jogo do poder. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/marinasi/marinasi.htm>>.

O RÉU NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESPESAS PROCESSUAIS

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Introdução

Este trabalho resultou da constatação de que a doutrina e os tribunais, regra geral, não têm feito a interpretação sistêmica das disposições da Lei nº 7.347, de 24/07/1985 (lei da ação civil pública), notadamente no que se refere à posição da parte ré, em termos de custas e despesas processuais, suscitadas durante o curso da demanda.

Em determinado caso concreto, a autoridade judiciária monocrática proclamou o encerramento da instrução processual, porque os réus deixaram de efetuar o depósito prévio da verba indenizatória do senhor Oficial de Justiça. Com isto, as testemunhas de defesa não foram intimadas a comparecer à competente audiência de instrução e julgamento.

Houve a interposição do recurso de agravo de instrumento dessa decisão interlocutória.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas, através de uma de suas Câmaras Cíveis, deferiu a liminar no agravo citado, fazendo-o, porém, sem qualquer fundamentação inteligível, menosprezando, pois, a determinação constitucional contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Na parte final deste trabalho será reproduzida a ementa do acórdão que, ao julgar o mérito do agravo citado, acabou acolhendo a presente tese.

O Ministério Público, na condição de agravado, apresentou a sua contraminuta, cujos argumentos factuais e jurídicos servirão de embasamento neste trabalho doutrinário.

Discussão de fundo

Nas ações populares, ações civis públicas e ações coletivas, o legislador determinou a isenção do pagamento das custas e despesas judiciais somente em relação à parte autora. Previu, destarte, em caso de litigância de má-fé, a condenação do autor ao ressarcimento das despesas em questão.

De fato, o artigo 18 da Lei 7.347/85 é de clareza solar, fazendo referência

explícita à associação autora da ação civil pública, a qual, além de não estar sujeita à antecipação do pagamento das custas e despesas processuais, somente arcará com os ônus da sucumbência, se for condenada como litigante de má-fé. Esta regra, como se sabe, tem sido aplicada em relação aos demais legitimados ativos da ação civil pública, tendo em vista a existência de disposições legais outras atinentes a eles.

Por essa razão, o festejado Superior Tribunal de Justiça registrou, certa vez, num acórdão em que foi relator o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, o seguinte:

"Os juristas encarregados do Anteprojeto de lei que se transformou no Código de Defesa do Consumidor, inspirados na lei da ação civil pública e visando ao fomento das ações coletivas de proteção ao consumidor, entenderam por bem excluir as associações dos ônus de sucumbência nos processos em que estariam envolvidos os direitos de seus associados, salvo se existente má-fé. E isso se consubstanciou na norma do art. 87 da Lei 8.078/80."

[...]

"Também Rodolfo de Camargo Mancuso, comentando o referido artigo e, após se referir à regra geral da sucumbência insculpada nos arts. 19 e 20, Código de Processo Civil, assinala:

'Mas, quando se trata das ações com finalidade coletiva, pública, há necessidade de derrogação dessa diretriz, seja porque o fim perseguido é de caráter público ou ao menos coletivo, e não o interesse meramente individual; seja porque os co-legitimados ativos (entes políticos, Ministério Público) já se beneficiariam, mesmo, de regime especial nessa matéria: beneficiam-se da dispensa do adiantamento das despesas relativas aos atos que requerem (CPC, art. 27) e do preparo nos recursos (CPC, art. 511); seja, por fim, no que concerne às associações, as quais, normalmente, não dispõem de muitos recursos de modo que o carregar-lhes os encargos iniciais para a propositura da ação poderia dificultar ou mesmo empecer o ajuizamento' (MANCUSO. Comentários do Código de Proteção ao Consumidor, art. 87, p. 300.)."

Ademais, a lei da ação civil pública não exauriu toda matéria de natureza processual, limitando-se, apenas, a traçar os contornos básicos de tal espécie de ação.

Nota-se que a intenção manifesta do legislador, quando dispensou o autor da ação civil pública do pagamento prévio das custas e despesas processuais, como visto acima, foi facilitar a defesa judicial dos interesses privilegiados da sociedade, delineados na Lei nº 7.347/85.

Daf asseverar incisivo umas das maiores autoridades brasileiras no assunto ora debatido, ou seja, o doutor Hugo Nigro Mazzilli, do Ministério Público do Estado de São Paulo:

*"Enquanto se privilegia o tratamento à associação autora, isentando-a de antecipação de despesas ou dos ônus da sucumbência, ao mesmo tempo é visível o especial rigor com aquela que ajuíze ação de má-fé."*²

É intuitivo, então, que as regras gerais do Código de Processo Civil aplicar-se-ão em tema de ação civil pública, observadas, apenas, as restrições expressas contidas na lei especial. Aliás, esta é a dicção do artigo 19 da Lei 7.347/85, a saber:

"ART. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições."

Em perfeita harmonia com essa orientação, a *Lei estadual mineira nº 12.427, de 27/12/1996*, tem o seguinte comando normativo:

"Art. 10. São isentos do pagamento de custas:
I - a União, o Estado, os municípios e as respectivas autarquias e fundações;
II - os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária;
III - o autor nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata a Lei Federal nº 8.078, de 11 de

² MAZZILLI. A Defesa dos interesses difusos em julho, p. 259.

setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor -, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé;

IV - o autor da ação relativa aos benefícios da previdência social, até o valor previsto no art. 128 da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, considerado o valor em relação a cada autor, quando houver litisconsórcio ativo;

V - o réu que cumprir o mandado de pagamento ou de entrega da coisa na ação monitória;

VI - o Ministério Público."

De outra parte, duas normas legais devem ser transcritas e cotejadas aqui:

LEI 6.830 DE 22/09/1980 - Dispõe sobre a Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras Providências.

TEXTO:

ART.39. A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independerá de preparo ou de prévio depósito.

Parágrafo único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas, pela parte contrária.

LEI 7.347 DE 24/07/1985 - Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade Por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico (Vetado) e dá outras Providências.

TEXTO:

ART.18. Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem *condenação da associação autora*, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

* Artigo com redação determinada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Por conseguinte, é fácil a constatação de que o artigo 18 da Lei nº 7.347/85 ostenta similitude com o artigo 39 da Lei nº 6.830/80, pois em ambos a parte autora legitimada a manejar aquelas ações está dispensada do

adiantamento das custas/despesas processuais. O artigo 18 da lei da ação civil pública quis ser mais detalhista, tendo, assim, enumerado, de maneira exemplificativa, as várias espécies do gênero despesas processuais.

Não obstante, em que pese a essa exoneração do pagamento prévio das custas e despesas processuais, a Fazenda Pública, na condição de parte autora, é obrigada a efetuar o depósito antecipado da verba indenizatória do Oficial de Justiça, para o cumprimento das diligências do interesse dela. Com mais forte razão, tal exigência aplica-se peremptoriamente em relação aos réus da ação civil pública, posto que, analogicamente, não só a Súmula 190 do Superior Tribunal de Justiça sinaliza nesse sentido, como também existem outros julgados dizendo que:

“Ementa:

“Processual Civil. despesas de condução do Oficial de Justiça. pagamento pela fazenda pública. I - Os arts. 27 do CPC, e 39 da Lei 6.830, de 22/09/1980, não obrigam o meirinho a financiar despesas para permitir a prática de atos processuais do interesse de entidades públicas, retirando da sua remuneração, que é paga pelo estado, de quantias com aquela finalidade. o caso não é de simples iniquidade, mas de falta de obrigação legal. II - Dissídio com a um. 154 do extinto TFR e 4 do TFR 3ª região configurado. III - Recurso especial não conhecido.”

Nome do Ministro Relator: ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Número do Registro: 9700227901

Classe do Processo: RECURSO ESPECIAL

Número do Processo: 126131

UF do Processo: PR

Decisão: POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO.

Data de Decisão: 12/06/1997

Nome do Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Fonte:

DJ DATA:04/08/1997 PG:34719

Doutrina: OBRA: COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, SARAIVA, 1997, 3º VOL. PÁG. 76. AUTOR: MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. DOUT. OBRA: HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, PÁG. 178, FREITAS BASTOS 8ª ED. 1965. AUTOR: CARLOS MAXIMILIANO

Ademais, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao afastar a determinação monocrática da antecipação do pagamento de determinada diligência pela parte ré, numa ação civil pública intentada pelo Ministério Público paulista, fê-lo porque aquela perícia tinha sido requerida pelo "Parquet"³. Neste caso, aplicando-se as disposições do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, e 27 do Código de Processo Civil, outra não poderia ser a conclusão. Quer dizer, o réu só pagará as custas e as despesas processuais, que seriam de responsabilidade da **parte autora**, se for derrotado na demanda. Trata-se de norma processual elementar, comum a todo tipo de ação. Porém, a dita regra não implica a dispensa de o réu antecipar os pagamentos necessários à efetivação das diligências de seu exclusivo interesse. Noutros termos, o réu somente não será compelido a antecipar o ressarcimento das despesas iniciais do processo ou de interesse da parte autora.

Quanto ao assinalado Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, este, ao julgar o mérito do agravo de instrumento mencionado na introdução da presente tese e em corroboração da mesma, enfatizou que:

"Ementa: Ação Civil Pública - Disposições do CPC - Aplicabilidade.
Não tendo a lei da ação civil pública exaurido toda a matéria de natureza processual, aplicam-se-lhe as normas do CPC, observadas as restrições contidas na lei especial."⁴

De resto, a prova testemunhal não se presta a invalidar conclusões de natureza eminentemente contábil. Por isto, havendo o pleito recursal de que haja a oitiva de testemunhas, essa pretensão afigurar-se-á manifestamente procrastinatória. Daí prever o legislador que o magistrado deva indeferi-la de plano, a fim de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, inc. II, do Cód. de Proc. Civil), ou seja:

"ART.400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de

³ TJSP, agravo de instrumento nº 18.513-5 - Sorocaba. Relator: Des. ALVES BEVILACQUA. São Paulo, 24 de setembro de 1996. Revista Oficial LEX, JTI - Volume 188 - Página 185.

⁴ TJMG, 1ª Câm. Cív., agravo de instrumento nº 000.169.397-7/00 - Comarca de Araguari. Relator: Des. Antônio Hélio Silva. Belo Horizonte, 14 de março de 2000. Publicado no Diário da Justiça ("Minas Gerais") de 17/03/2000.

modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados."

A referência à prova testemunhal foi feita, porque o objetivo do agravo de instrumento alhures referido era justamente este, ou seja, a reabertura da instrução processual para a inquirição das testemunhas de defesa. Os réus não depositaram a verba indenizatória do senhor Oficial de Justiça, visando à intimação de testemunhas, que deporiam na audiência de instrução e julgamento.

Conclusões

A exoneração da antecipação do pagamento das custas e despesas processuais, em sede de ação popular, ação civil pública e ações coletivas, diz respeito apenas à parte autora.

A parte ré somente se beneficiará dessa isenção, quando estiver sob o pálio da gratuidade de justiça.

Referências Bibliográficas

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários do Código de Proteção ao Consumidor*. [São Paulo]: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TEORIA DO ERRO: ALGUNS ESCLARECIMENTOS SOBRE O PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 20 DO NOSSO ESTATUTO PENAL

CRISTIANO ROCHA GAZAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Muita celeuma existe sobre o tema do presente artigo. A teoria do erro, de longa data, encanta o mundo jurídico, mormente o acadêmico, por sua complexidade e beleza. Não temos por objetivo esgotar a matéria, o que seria impossível, mas apenas dissipar algumas dúvidas, que se tornam comuns, quando do estudo do aludido dispositivo legal.

Enuncia o art. 20, § 1º, do Código Penal, in verbis:

“É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

Há, em nosso ius positum, um tratamento diferenciado no que concerne às descriminantes putativas, em face da adoção da teoria limitada da culpabilidade (nesse sentido: item 17 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal – Lei nº 7.209, de 11.07.1984). Em qualquer das excludentes de ilicitude putativas, o erro do sujeito pode recair sobre: a) os pressupostos de fato da causa de justificação (situação de fato – existência da agressão); ou b) sobre os limites da excludente da ilicitude (injustiça da agressão).

Assim, segundo a teoria limitada da culpabilidade, quando o erro recair sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, trata-se de erro de tipo, tendo inteira aplicação o disposto no art. 20, § 1º, do Código Penal. Não obstante, quando a falsa percepção da realidade subsumir-se nos limites normativos da excludente da ilicitude, dever-se-á avocar a substância do enunciado no art. 21 do Código Penal, que rege o erro de proibição.

Urge, agora, perquirir, após a tomada de posicionamento acima, por que o legislador deu tratamento de dirimente (causa que afasta a culpabilidade) na hipótese do erro recair sobre os pressupostos fáticos da excludente da ilicitude, se, in casu, a hipótese é de erro de tipo, que exclui dolo e culpa, quando inevitável. Ora, se o elemento subjetivo do tipo se encontra na conduta e não na culpabilidade, não poderá, por conseguinte, defluir isenção de pena, pois tal episódio acarretará a atipicidade do fato. Não havendo dolo ou culpa (infração ao dever objetivo de cuidado) no atuar do agente, não há que se falar em isenção de pena, mas sim em falta de relevância criminal do seu proceder, por se tratar de conduta plenamente justificada pelas circunstâncias. O modus operandi do sujeito é lícito por supor, por erro plenamente justificado, pelas

circunstâncias, situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima (art. 20, § 1º, do CP). Tal assertiva, que, prima facie, parece ser satisfatória, não é tão simples. Senão, vejamos:

O legislador pátrio optou por dar tratamento diferenciado entre o erro de tipo incriminador (art. 20, caput, do CP) e o erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, do CP). No primeiro, há exclusão do dolo, enquanto no segundo, isenção de pena. Coadunou, desta forma, até por uma questão de terminologia, o erro de tipo permissivo à culpabilidade. A ratio de tal afirmação está no fato de que, se o tratamento jurídico dado ao erro de tipo permissivo fosse o mesmo do erro de tipo incriminador, não haveria necessidade de se formular o § 1º do art. 20 do Código Penal. Melhor seria, em nossa opinião, que o erro de tipo permissivo fosse situado em dispositivo autônomo, para que não houvesse vinculação concernente à localização topográfica com o erro de tipo incriminador do caput do art. 20 do mesmo diploma legal. Fica aí a sugestão de lege ferenda. Assim, pugnamos pela autonomia do erro de tipo permissivo. Nesta direção, assevera o Mestre Luiz Flávio Gomes: *"O erro de tipo permissivo, segundo a moderna visão da culpabilidade, não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como o erro de proibição: é um erro sui generis..."*. Nunca é demais consignar a posição do eminente Professor Julio Fabbrini Mirabete, que, sendo adepto da teoria extremada da culpabilidade, afirma: *"... Trata-se de erro de proibição, excluindo-se apenas a culpabilidade"*; *"O agente, em decorrência da situação de fato, supõe que sua conduta é lícita, mas age com dolo"*.

Não podemos concordar com a exclusão do dolo na hipótese do § 1º do art. 20 do Código Penal. Se assim fosse, desnecessária seria a sua existência, como já foi dito alhures. Como bem salienta a eminente professora portuguesa Teresa Serra, *"o dolo não pode nunca ser afastado mediante uma idéia de compensação de desvalor da conduta pela presença dos elementos subjectivos da justificação"*. No mesmo sentido, afirma Luís Jiménez de Asúa: *"O agente que acredita estar sendo atacado sabe que mata e, portanto, no aspecto meramente descritivo, está dando realidade ao tipo de homicídio; mata, com efeito, um homem e o mata com vontade de dar-lhe a morte. O que ocorre é que o agente supõe não ser o ato antijurídico ou proibido..."*.

O tratamento dado pelo legislador ao erro de tipo permissivo (isenção de pena) já era defendido por Alexander Graf Zu Dohna, que questionou, certa feita: *"Por que não deixar reger aqui também, como realmente é, que o fato consiste na concreção dolosa de um tipo e excluir a pena ou atenuá-la em razão da boa-fé do autor?"*.

Assim, se o legislador adotou a teoria limitada da culpabilidade, que se diferencia da teoria extremada ou normativa pura, fazendo distinção entre a ignorância da ilicitude por erro, que recai sobre a regra de proibição e a ignorância da ilicitude por

erro incidente sobre a situação de fato, não faz sentido, a toda evidência, estabelecer isenção de pena para a hipótese da ocorrência de descriminante putativa fática, pois entende a primeira (teoria limitada da culpabilidade) haver exclusão do dolo. Não há, pois, posição imune a críticas. Todavia, temos fundadas dúvidas quanto à adoção da teoria limitada da culpabilidade pelo nosso Estatuto Penal. Se este a adotou, cometeu o legislador, no mínimo, impropriedade, quanto à terminologia, ao isentar de pena quem se adequar à hipótese do § 1º, primeira parte, do art. 20 do Código Penal.

No que diz respeito à segunda parte do § 1º do art. 20 do Código Penal, parece se tratar de culpa imprópria, por extensão, assimilação ou equiparação, na qual o sujeito quer o resultado, mas sua vontade está viciada por um erro que poderia ser evitado pela diligência mediana. Malgrado seja a mesma conhecida pela doutrina, não precisamos reconhecê-la, pois estaríamos entrando no abismo do reconhecimento da tentativa no crime culposos, o que, data maxima venia, é impossível e inaceitável. Para evitarmos tais inconvenientes, evocamos, mais uma vez, o magistério do douto Professor Luiz Flávio Gomes, que conclui com acerto:

"... O problema do erro de tipo permissivo, vencível ou invencível, coliga-se com a teoria da culpabilidade, não com a teoria do injusto e isso permite concluir que o fato do agente, na hipótese, estruturalmente (a nível do injusto, portanto), continua sempre doloso (intencional), apesar de, presentes determinados pressupostos, tornar-se inafastável recair-lhe o juízo de reprovação mais brando da culpabilidade negligente (=fato doloso reprovado com culpabilidade negligente)".

No mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck, ao afirmar que: "Não se está criando nenhuma imprudência (culpa), mas sim, só se utilizando da cominação penal do tipo imprudente".

Por derradeiro, lembrando as lições de Heleno Cláudio Fragoso: "Na descriminante putativa fática subsiste o dolo"; Wilhelm Gallas: "A origem culposa da decisão do fato e a sua execução orientada finalisticamente em função do evento morte não são incompatíveis entre si"; e, finalmente, Bacigalupo: "É fácil deduzir que quem obra excedendo-se intensivamente ou nos casos de eximentes putativas, na medida em que quer o resultado típico, obra com dolo", podemos concluir que não tem guarida, em nosso ordenamento jurídico, a teoria dos elementos negativos do tipo, no que concerne ao erro de tipo permissivo, pois acreditamos não haver exclusão do dolo, mas sim ausência de reprovabilidade da conduta, tornando o atuar do agente inculpável, quando se tratar de erro plenamente justificado pelas circunstâncias (erro invencível). Por isso que reforçamos a idéia de que quem atua nos moldes do disposto no § 1º do art. 20 do Código Penal atua com dolo.

TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO BRASILEIRO

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO: A relevância ambiental e cultural do patrimônio arqueológico no ordenamento jurídico pátrio. A necessidade da tutela penal. A proteção penal do patrimônio arqueológico pela lei de crimes ambientais. A análise dos tipos penais protetores do patrimônio arqueológico descritos na Lei nº 9.605/98. Destruição, inutilização ou deterioração de bem arqueológico protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Alteração de local protegido em razão de valor arqueológico. Construção em solo não edificável ou no seu entorno em razão de seu valor arqueológico. Pichação de monumento arqueológico urbano. Dano em bem de valor arqueológico causado para fins de propaganda eleitoral. Contrabando de bens de valor arqueológico. A Ação Civil Pública na defesa do patrimônio arqueológico brasileiro. Normas jurídicas federais de proteção ao patrimônio arqueológico nacional. Apêndice: Relação dos sítios arqueológicos cadastrados pelo IPHAN no Estado de Minas Gerais.

1 A relevância ambiental e cultural do patrimônio arqueológico no ordenamento jurídico pátrio

A Constituição Federal de 1988, por questão de sistematização legislativa, estabeleceu em capítulos apartados as diretrizes atinentes à preservação do patrimônio cultural (art. 216, § 1º.) e do meio ambiente (art. 225, *caput*), dispondo, contudo, de forma idêntica, que incumbe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de preservá-los e defendê-los.

Ainda segundo o texto constitucional, os sítios arqueológicos integrariam o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, V), sendo que, quanto ao patrimônio ambiental, não houve enumeração, no texto constitucional, dos bens e valores que o integram.

Em que pese a divisão topológica feita pelo legislador constitucional

no tratamento das matérias, certo é que meio ambiente e patrimônio cultural são temas incidíveis sob a ótica do Direito.

A doutrina de vanguarda acerca da questão afirma que o meio ambiente não mais se resume ao aspecto meramente naturalístico, mas comporta uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o cerca.¹

Dessa forma, o conceito de patrimônio ambiental compreenderia em si o de patrimônio cultural, porque a noção de meio ambiente é ampla e abrange, sem exceção, todos os recursos naturais e culturais (nestes compreendidos os artificiais) indispensáveis à concepção, à germinação ou qualquer outra circunstância originária, ao nascimento, ao desenvolvimento da pessoa humana como dos seres vivos em geral.²

Com efeito, hodiernamente se torna cada vez mais difícil separar o natural do cultural. A questão não é mais *qual o lugar do homem na natureza?*, pergunta que absorveu muitos estudiosos da evolução no século XIX. Porém, a pergunta é: *como podem o homem e a natureza interagir melhor para o benefício de ambos?* Atualmente é reconhecido pelo movimento de conservação natural, em nível internacional, que são pouquíssimos os lugares na Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície da Terra que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas absolutamente *naturais* está cada vez mais problemática.³ Por isso, para os fins protetionais, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, além das variadas disciplinas urbanísticas contemporâneas.⁴ Esse entendimento vem sendo inclusive agasalhado pelas mais modernas decisões jurisprudenciais, de que é exemplo o seguinte aresto:

¹ MANCUSO. *Ação civil pública*, p. 32-33.

² SILVA. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 435.

³ PRICE. *Patrimônio natural e arqueológico*, p. 144.

⁴ SALVATORE. *Tutela pubblica dell'ambiente*, p. 343.

"O tombamento por motivo estético ou arquitetônico inclui-se entre os valores de interesse difuso ou coletivo, integrando o conceito hodierno de meio ambiente, que se não resume no patrimônio natural, que não indica apenas a natureza original, mas, igualmente, o patrimônio artificial, vale dizer, os recursos artificiais e culturais. As normas destinadas à proteção do meio ambiente aceitam exegese e aplicação por critério ampliativo e construtivo, ficando este unicamente na teleologia das disposições legais. Apelação improvida." (TJRJ – AC 2463/93 – (Reg. 211195) – Cód. 93.001.02463 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Laerson Mauro – J. 12.09.1995)

Feitas essas considerações, podemos afirmar seguramente que o patrimônio arqueológico, integrado por todos os indícios e testemunhos materiais da presença ou atividade humana em um determinado local (seja na superfície, no subsolo ou sob as águas) e importantes para a reconstituição e estudo das atividades humanas do passado, possui relevância que transcende ao tradicional conceito de patrimônio cultural e encontra melhor adequação no que hoje se chama de *meio ambiente cultural*,⁵ envolvendo elementos da natureza trabalhados pelo engenho humano.

A propósito, em países como a Dinamarca e o Chile, a arqueologia há anos vem sendo administrada por órgãos estatais responsáveis pelo gerenciamento do patrimônio ambiental, com experiências muito bem sucedidas.

Importante a identificação da relevância ambiental dos bens tradicionalmente considerados simplesmente como *culturais*, haja vista a grande atenção dispensada ao meio ambiente nos últimos tempos, culminando com a edição de um grande número de normas protetivas e a formulação, inclusive, de princípios informadores de um novo e promissor ramo das ciências jurídicas: o Direito Ambiental. A possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas em virtude de condutas lesivas ao meio ambiente, prevista no art. 225, § 3º., da novel Carta Magna, excepcionando o velho brocardo segundo o qual *societas delinquere non potest*, é prova cabal do que afirmamos e, por si só, justifica a inserção das presentes considerações nos prolegômenos deste estudo sobre a tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro.

⁵ RODRIGUES. Meio ambiente cultural, p. 309.

2 A necessidade da tutela penal

De acordo com a *Carta para proteção e a gestão do patrimônio arqueológico*, a proteção dos bens de valor para a arqueologia constitui obrigação moral de todo ser humano e também responsabilidade pública coletiva, que deve traduzir-se na adoção de uma legislação adequada que proíba a destruição, degradação ou alteração de qualquer monumento, sítio arqueológico ou seu entorno, sem a anuência das instâncias competentes, prevendo-se a aplicação de sanções adequadas aos degradadores desses bens.⁶

Segundo dados do Instituto do Patrimônio Artístico Nacional, existem atualmente cerca de 20.000 sítios arqueológicos identificados no país, dos quais apenas cinco são tombados em nível federal. Somente no Estado de Minas Gerais existem 771 sítios arqueológicos cadastrados pelo IPHAN.

Infelizmente, embora o Brasil conte com um dos mais expressivos patrimônios arqueológicos do planeta, esses bens, ao longo dos tempos, vêm sendo gradativamente depredados e destruídos pelas atividades antrópicas, mormente as ligadas à exploração comercial indiscriminada dos recursos naturais por grandes empresas.

No Estado de Minas Gerais, por exemplo, tornou-se emblemática a dinamitação da Lapa do Arco, um sítio arqueológico repleto de pinturas rupestres pré-históricas, situado na Fazenda Caxambu, município de Matozinhos, totalmente destruído no ano de 1989 por uma empresa de mineração que explorava calcário na região e que já havia sido notificada da existência do monumento no interior do imóvel prospectado. Depois de assegurada a matéria-prima para suas atividades mineradoras, a referida empresa demonstrou interesse em "resolver a questão" dispondo-se a financiar o salvamento arqueológico da Lapa do Arco. Obviamente, nenhum vestígio das figurações rupestres que existiam no Arco foi encontrado nos escombros do monumento.⁷

Com efeito, a experiência demonstrou que as sanções de naturezas civil e administrativa aplicáveis aos violadores dos bens ambientais bem como as tímidas e arcaicas construções penais a respeito do tema não foram suficientes para coibir as reiteradas práticas lesivas, tornando-se realmente indispensável a pronta colaboração do Direito Penal para a proteção da integridade desse patrimônio cuja efetiva tutela penal foi expressamente assegurada em nível constitucional (art. 225, § 3º, CF/88).

⁶ Art. 3º. ICOMOS/ICAHM, Lausanne, Art. 3º. In Atas do simpósio sobre política nacional do meio ambiente e patrimônio cultural, p. 224.

⁷ BAETA. *Salvamento arqueológico nos escombros da Lapa do Arco*.

A necessidade de uma eficaz tutela penal do patrimônio ambiental, nele incluído o arqueológico, justifica-se pelo fato de que, sendo a Constituição Federal a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios a todo o ordenamento jurídico, refletindo as concepções dominantes em uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, obviamente que a mesma está apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos fatos a serem definidos como crimes.⁸

Consoante a lição de Sérgio Salomão Shecaira, se o conceito de modernidade há de ser associado a um novo paradigma, então há que se criarem condições para a efetivação de um processo de mudança jurídica que contemple a nova realidade social. Os instrumentos da nova conquista exigem travessias oceânicas no plano do Direito, não se admitindo uma mera navegação de cabotagem no âmbito das respostas jurídicas. As embarcações antigas não mais podem ser utilizadas para condução em tão larga travessia. O astrolábio há de ser substituído pelo radar de longo alcance, que permite ágeis comunicações interoceânicas. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, a modificação da responsabilidade, a preponderância de valores públicos sobre o pensamento privatístico são algumas das muitas modificações resultantes desse processo.⁹

3 A proteção penal do patrimônio arqueológico pela lei de crimes ambientais

No texto do arcaico Código Penal brasileiro, de 1940, encontram-se tipificadas as seguintes condutas:

"Art. 165 (Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico). Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena – detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 166 (Alteração de local especialmente protegido). Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena – detenção de um mês a um ano, ou multa."

⁸ FREITAS; FREITAS. *Crimes contra a natureza*, p. 32.

⁹ SHECAIRA. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 18.

Em que pese terem vigido por mais de cinco décadas os referidos tipos penais, inspirados no art. 733 do Código Rocco – que prevê como contravenção o dano ocasionado a coisa de valor arqueológico, histórico ou artístico¹⁰ –, não lograram alcançar a efetiva proteção do patrimônio arqueológico brasileiro como era de se esperar. Na verdade, as aludidas construções típicas já nasceram eivadas de sérias deficiências, como a ausência de modalidade culposa e a exigência descabida de tombamento dos bens arqueológicos, pelo que restaram praticamente inaplicáveis.

Com efeito, raros são os precedentes jurisprudenciais acerca do tema e, quando encontrados, os acórdãos evidenciam a absoluta ineficiência protetiva dos tipos penais em comento, como se pode observar nos seguintes julgados:

“CRIME DE DANO – Patrimônio da União Federal. Sítio arqueológico. Art. 20, X, e L. 3.924/61. Inexistência de prova das pinturas rupestres e de seu valor histórico ou arqueológico. Provimento da apelação. Conquanto os sítios arqueológicos constituam patrimônio da União Federal, conforme art. 20, X, da CF, e sua destruição configure o delito do art. 163 do CP, indispensável a comprovação de seu valor histórico e arqueológico. Não comprovada por perícia técnica, extremamente falha, a existência de pinturas rupestres, e ainda o seu valor arqueológico, descaracterizada está a existência de sítio arqueológico, pelo que sua destruição não caracteriza o crime de dano contra o patrimônio da União Federal.” (TRF 1ª R. – ACr. 94.01.03974-7/MG – 3ª T. – Rel. Juiz Osmar Tognolo – DJU 10.08.1995) (RJ 219/121)

“ALTERAÇÃO DE LOCAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO – Conjunto arquitetônico. Monumento Nacional. Falta de dolo. Sem a vontade livre e consciente de alterar o patrimônio histórico, protegido por lei, não há o crime previsto no art. 166 do CP.” (TRF 1ª R. – ACr. 95.01.17666-5/BA – 3ª T. – Rel. Juiz Tourinho Neto – DJU 16.10.1995) (RJ 221/132)

Com o advento da nova ordem constitucional, que não exige o tombamento prévio para que um bem integre o patrimônio cultural brasileiro, as

¹⁰ PIRES: *Da proteção ao patrimônio cultural*, p. 230.

deficiências tornaram-se mais evidentes e se fazia necessária uma reformulação dos arcaicos tipos penais para conciliá-los com a Constituição Federal vigente.¹¹

Atendendo à premente necessidade de reformulação da proteção do patrimônio ambiental brasileiro foi promulgada a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. No referido diploma legal, a Seção IV do Capítulo V é dedicada aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, que estão dispostos nos arts. 62 a 65 e que revogaram tacitamente os arts. 165 e 166 do Código Penal brasileiro.

A nova Lei de Crimes Ambientais tem sido considerada um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas condutas culposas violadoras de tal bem jurídico e não há mais a necessidade de prévio tombamento para que se viabilize a tutela penal dos bens de valor arqueológico, como veremos mais detalhadamente quando tratarmos dos tipos penais em espécie.

Ademais, o art. 3º da Lei nº 9.605/98 atribuiu expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos crimes contra o meio ambiente 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. Ainda segundo o diploma legal, a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Sem adentrarmos em maiores detalhes acerca do polêmico tema que é o da responsabilidade penal da pessoa jurídica, certo é que a Constituição Federal expressamente a previu no que tange às condutas lesivas ao meio ambiente e o legislador ordinário, em obediência ao comando constitucional, especificou tal responsabilidade através da Lei nº 9.605/98.

4 Análise dos tipos penais protetores do patrimônio arqueológico descritos na lei nº 9.605/98

A Lei nº 9.605/98, harmonizada com a nova concepção protecionista inaugurada pela Carta Constitucional de 1988, tipificou na sua Seção IV crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65).

A seguir faremos uma análise sintética dos tipos penais descritos nos

¹¹ RODRIGUES. Meio ambiente cultural, p. 345.

arts. 62 a 65 da Lei de Crimes Ambientais, abordando as normas protetivas no que concerne especificamente aos bens de valor arqueológico.

4.1 Destruição, inutilização ou deterioração de bem arqueológico protegido por Lei, ato administrativo ou decisão judicial

O art. 62 da Lei de Crimes Ambientais tipifica como crime:

"Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa."

4.1.1 Objeto material

Interessa-nos, neste trabalho, a análise do inciso I do referido artigo, uma vez que qualquer bem, desde que protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, poderá ser objeto material deste delito.

Segundo ensina Washington de Barros Monteiro, juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito. O vocábulo, que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas.¹²

Embora o mencionado inciso não aponte as razões pelas quais o bem está protegido, é de se ressaltar que a seção na qual está inserido trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Desta feita, qualquer bem de valor arqueológico, ou seja, todos os indícios e testemunhos materiais da presença ou atividade humana em um determinado local (seja na superfície, no subsolo ou sob as águas), importantes para a reconstituição e estudo das atividades humanas do passado, protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial é considerado objeto material para os fins do referido dispositivo legal.

A proteção pode alcançar tanto bens considerados individualmente (uma peça arqueológica exposta em um museu, v.g.), quanto tomados em

¹² MONTEIRO. *Curso de direito civil*, p. 135.

conjunto (um significativo número de vestígios enterrados, constituindo um sítio arqueológico, v.g.).

O art. 2º da Lei nº 3924/61 enumera de forma exemplificativa alguns bens considerados monumentos arqueológicos ou pré-históricos, tais como sambaquis, montes artificiais, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias, inscrições rupestres, locais utilizados como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividades de paleoameríndios. Ressalte-se que bens arqueológicos e bens pré-históricos não são sinônimos. Esses últimos dizem respeito ao período em que o homem viveu antes da descoberta da escrita, enquanto os bens arqueológicos podem ser posteriores, como no caso de vestígios de aldeamentos indígenas pós-cabralinos.

Nos dias atuais tem sido despertada uma maior atenção para a necessidade de proteção e preservação dos bens de valor arqueológico existentes no país. Em Minas Gerais, a Lei nº 12.040/95 – conhecida como *Lei Hobin Hood* –, que dispõe sobre os critérios de distribuição de uma parcela das receitas do ICMS aos municípios, estimulou de uma maneira compensadora a proteção do patrimônio ambiental e cultural, incluindo o arqueológico e o espeleológico, por meio de incentivos àqueles municípios que tombam e resguardam os seus bens culturais móveis e imóveis e conjuntos paisagísticos, através, sobretudo, dos seus conselhos municipais.¹³

É de se ressaltar que a teor dos arts. 23, III, 30, I, II e IX, da Constituição Federal, os municípios têm competência legislativa para dispor acerca da proteção ao patrimônio histórico-cultural local, aí incluído o patrimônio arqueológico, por óbvio.

A propósito, tal matéria já foi enfrentada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no exame da Apelação Cível 000198640-5/00, quando ficou decidido:

“Município. Competência legislativa. Proteção ao patrimônio histórico-cultural. O Município tem competência, legislativa e administrativa, para dispor sobre a proteção do patrimônio histórico-cultural de interesse local (Constituição da República, arts. 23, III, e 30, II e IX). O interesse local, para o efeito do patrimônio histórico, diz respeito à proteção dos valores que não ultrapassem a estima pública do lugar ou em que esta seja muito predominante.” (4ª. Câ. Cível. Rel. Des. Almeida Melo -j. 21 de dezembro de 2000)

¹³ PAULA; BAETA. Política patrimonial arqueológica no estado de Minas Gerais, p. 200.

O tipo penal em comento fala ainda na proteção dada por ato administrativo. Como exemplo de atos administrativos poderíamos citar a declaração de tombamento (tanto o provisório quanto o definitivo), além de outras formas de acautelamento citadas pelo art. 216, § 1º, CF/88, como os inventários e registros.

Segundo o entendimento de alguns estudiosos do assunto, o tombamento de sítios arqueológicos seria desnecessário, tendo em vista que, a teor do disposto no art. 1º da Lei nº 3924/61, a proteção de todas as jazidas arqueológicas se daria *ex vi legis*, prescindindo-se de qualquer processo ou ato administrativo subsequente.¹⁴

Contudo, para a identificação oficial do bem arqueológico mister se faz, pelo menos, o seu cadastro pelo órgão competente. Com efeito, a Lei 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, determina, em seu art. 27, a criação e manutenção, pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de um cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil. Gerenciado atualmente pelo Instituto Histórico e Artístico Nacional, o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos conta em sua base de dados com mais de 20.000 sítios registrados em todo o país.

As decisões judiciais mais recentes, harmonizadas com o espírito protecionista da nova Carta Constitucional, já se manifestam no sentido de que basta o registro de um sítio arqueológico no cadastro do IPHAN para que o mesmo seja merecedor da proteção jurídica dispensada ao patrimônio cultural brasileiro, conforme se extrai do seguinte aresto:

"Pela regra constitucional em vigor, há várias formas pelas quais o Poder Público promoverá a proteção do patrimônio cultural brasileiro, e o tombamento é apenas uma das formas. O regime dos sambaquis é estabelecido pela Lei nº 3.924/61 que, em seu art. 27, determina a manutenção de um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No caso em exame, o 'Sambaqui da Barra da Lagoa' está devidamente cadastrado no SPHAN. 5. A apelante não é proprietária, nem do terreno, que é de marinha (CF, art. 20, VII), nem do subsolo, que é patrimônio cultural (CF, art. 20, X). Evidentemente que, mesmo que o fosse, tal situação jurídica não lhe conferiria o direito de destruir o sítio arqueológico em

¹⁴ SILVA. Compatibilizando os instrumentos legais de preservação arqueológica no Brasil, p. 9.

questão." (TRF 4ª R. – AC 95.04.33492-0 – SC – 3ª T. – Relª Juíza Luiza Dias Cassales – DJU 18.11.1998 – p. 645)

Por último, consoante disposto no art. 62 da Lei nº 9.605/98, os bens materiais podem ser declarados como merecedores de proteção por decisão judicial. Tal proteção poderia ser alcançada, por exemplo, através de sentença proferida em ação civil pública visando à declaração do valor arqueológico de um determinado bem.

4.1.2 Objeto jurídico

É a preservação da integridade dos bens de valor cultural, integrantes do patrimônio ambiental brasileiro. Especificamente para os fins deste estudo é a preservação do patrimônio arqueológico, que é finito e não renovável, constituindo testemunho essencial sobre as atividades humanas do passado e cuja preservação é indispensável para permitir aos arqueólogos e outros cientistas o seu estudo e interpretação, em nome das gerações presentes e a vir, e para seu usufruto.¹⁵

4.1.3 Tipo subjetivo

A destruição, inutilização ou deterioração de bens arqueológicos especialmente protegidos podem ser punidas tanto a título de dolo, ou seja, quando exista a vontade livre e consciente de destruir, inutilizar ou deteriorar os bens, como a título de culpa (parágrafo único), quando tais condutas decorram de imprudência, imperícia ou negligência do agente. A previsão da modalidade culposa constituiu um grande avanço em relação ao antigo tipo penal descrito no art. 165 do CPB, que não admitia a punição a título de culpa das condutas danosas ao patrimônio arqueológico.

A doutrina aponta como exemplos de condutas delituosas culposas: alguém procede a uma restauração de um bem protegido sem ter para isso qualificação profissional; ou um diretor ou chefe de serviço público designa pessoa imperita para fazer intervenção em coisa protegida, daí resultando destruição, inutilização ou deterioração.¹⁶

¹⁵ ICOMOS/CAHM, Laussane. Carta para proteção e gestão do patrimônio arqueológico: introdução, p. 223.

¹⁶ MACHADO, Op. cit. p. 896.

4.1.4 Tipo objetivo

São três as condutas descritas no tipo penal: destruir, inutilizar e deteriorar. Destruir significa demolir, arruinar, aniquilar (o que estava construído), fazer desaparecer; dar cabo. Inutilizar significa tornar inútil ou imprestável, invalidar. Danificar significa causar dano, prejudicar, estragar.

As condutas podem ser praticadas tanto mediante ação quanto mediante omissão, nesse último caso quando o agente tenha o dever jurídico de proteger o bem arqueológico. A título de exemplo, o art. 18 da Lei nº 3924/61 dispõe que o proprietário ou ocupante do imóvel onde se verificar a descoberta de bens de interesse arqueológico é responsável pela conservação provisória da coisa até posterior deliberação do IPHAN, que deve ser imediatamente comunicado a respeito do achado. No caso de omissão por parte do proprietário ou possuidor, os mesmos responderão pelos danos que vierem a causar ao patrimônio arqueológico.

4.1.5 Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica. A possibilidade de penalização das pessoas jurídicas, inserta no art. 3º da Lei nº 9.605/98 foi uma grande conquista, tendo em vista que são as grandes empresas exploradoras dos recursos naturais as maiores responsáveis pela degradação do patrimônio arqueológico brasileiro, não se duvidando de que a pessoa jurídica apresenta tendência criminológica especial, pelos poderosos meios e recursos que pode mobilizar. As penas previstas para as pessoas jurídicas são a multa, a restrição de direitos e a prestação de serviços à sociedade (art. 21).

4.1.6 Sujeito passivo

A coletividade é o sujeito passivo do crime sob análise, uma vez que o bem tutelado é o patrimônio cultural, que pertence a toda a sociedade. O particular pode também ser eventualmente considerado, secundariamente, como sujeito passivo do delito, como nos casos de deterioração de bens arqueológicos provisoriamente sob sua guarda, nos termos do art. 18, parágrafo único, da Lei nº 3924/61.

4.1.7 Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada, por força do disposto no art. 26 da Lei nº 9.605/98. É possível a suspensão condicional do processo no que tange à modalidade dolosa do delito (art. 89 da Lei nº 9.099/95), aplicando-se o procedimento do Juizado Especial Criminal quanto à modalidade culposa, considerada infração de menor potencial ofensivo.

4.1.8 Competência

O art. 20, X, da Constituição Federal dispõe que as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos são bens da União Federal. Por sua vez, o art. 5º. da Lei nº 3.924/61 declara que qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos arqueológicos ou pré-históricos é considerado crime contra o patrimônio nacional. Desta feita, resta evidente o interesse da União na repressão de ilícitos praticados contra tais bens, impondo-se à Justiça Federal a competência para o julgamento dos mesmos, na forma do art. 109, IV, da CF/88.

4.2 Alteração de local protegido em razão de valor arqueológico

A teor do disposto no art. 63 da Lei nº 9.605/98, constitui crime:

“Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”

4.2.1 Objeto material

É a edificação ou local especialmente protegido em virtude de seu valor arqueológico. Exemplo: sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, grutas, lapas e abrigos sob rocha em que se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico.

4.2.2 Objeto jurídico

Vide item 4.1.2

Aqui, especialmente, o legislador visa preservar o bem de qualquer modificação, objetivando a manutenção da indenidade do local.

Consoante salientado pelo Supremo Tribunal Federal: *"A legislação brasileira qualifica com a nota da tipicidade penal a conduta daquele que transgride a inviolabilidade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do CP brasileiro objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a integridade do acervo cultural do País."* (STF – HC 73.449-9 – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 07.02.1997)

4.2.3 Tipo subjetivo

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de alterar o aspecto ou a estrutura da edificação ou do local protegido. Sabendo, ou podendo saber, que a edificação ou o local estão legalmente protegidos, assume o risco de produzir a alteração o agente que age sem autorização ou em desacordo com a mesma.¹⁷

Infelizmente, o legislador descuro de prever a modalidade culposa de cometimento da infração, repetindo-se o defeito que já maculava o art. 166 do CPB.

4.2.4 Tipo objetivo

O elemento objetivo caracteriza-se pela conduta de alterar de forma parcial ou total, por qualquer meio, o aspecto ou a estrutura da edificação ou local protegido em razão de seu valor arqueológico. Alterar significa mudar, modificar, perturbar, desorganizar. Aspecto é a aparência da coisa e estrutura é a disposição, o arranjo e a ordem do bem.

A alteração pode até ser cometida para melhorar a edificação ou o local, mas o crime fica materializado se não houver autorização da autoridade ou se a modificação não obedecer aos limites da autorização concedida.

Por força do disposto no art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37, as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas,

¹⁷ MACHADO, Op. cit. p. 897.

nem, sem a prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado. Tal dispositivo aplica-se quando o tombamento se der em nível federal, porque, havendo possibilidade de o referido procedimento administrativo ser realizado também pelos Estados e Municípios, a autoridade competente para conceder a autorização obviamente será aquela integrante dos quadros do respectivo ente federativo. Há, contudo, possibilidade do tombamento cumulativo (por mais de um ente federativo). Nesse caso, haveria a necessidade da autorização das autoridades competentes no âmbito de cada ente, porque *se o tombamento é efetuado pelo município, seu valor é reconhecido na esfera local, sendo progressivamente ampliado no âmbito desse reconhecimento de acordo com os entes da federação a cuja proteção se submeter.*¹⁸

A respeito da alteração de local tombado por seu valor cultural e histórico, há luminar decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“Penal – Patrimônio de valor cultural e histórico – proteção garantida pela CF – demolição de imóvel tombado – alteração do local especialmente protegido sem autorização competente – Arts. 165 e 166 do código penal – autoria e materialidade comprovadas – concurso material – fixação da penalidade para cada um dos delitos – prescrição – reconhecimento – extinção da punibilidade em relação ao delito do art. 166 do código penal – reforma parcial da sentença

1. A proteção a bem de valor histórico e cultural tem sede constitucional, nos termos do art. 216 e parágrafos da CF. 2. Conjunto probatório apto à demonstração da vontade livre e consciente do acusado no sentido de destruir bem imóvel tombado por seu valor histórico e pertencente ao patrimônio cultural da humanidade. Aplicação do art. 165 do CP. 3. A alteração do aspecto visual de imóvel que integra local tombado com o patrimônio histórico e cultural caracteriza a infração do art. 166 do CP. 4. Uma vez reconhecido o concurso material, é de ser fixado o quantum da reprimenda para cada um dos delitos, observados os parâmetros estabelecidos pelo r. decisum. 5. A pena de 6 meses de detenção enseja o prazo prescricional de 2 anos, lapso temporal transcorrido

¹⁸ PIRES. *Da proteção ao patrimônio cultural*, p. 157.

a permitir o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. 6. Improvimento do recurso. Sentença, de ofício, parcialmente reformada." (TRF 3ª R. – ACr 97.03.020882-7 – (6.393) – SP – 2ª T. – Relª Desª Fed. Sylvia Steiner – DJU 16.11.2000 – p. 386)

4.2.5 Sujeito ativo

Vide item 4.1.5.

4.2.6 Sujeito passivo

É a coletividade, que se vê prejudicada pela degradação do meio ambiente cultural.

4.2.7 Competência

Vide item 4.1.7

4.3 Construção em solo não edificável ou no seu entorno em razão de seu valor arqueológico

O art. 64 da Lei de Crimes Ambientais tipifica:

"Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem a autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa."

4.3.1 Objeto material

É o solo não edificável, assim considerado pelo seu valor arqueológico, bem como o seu entorno, constituído pelo espaço físico necessário à harmonização entre o local protegido e a área que o circunda. Na omissão do artigo quanto à origem do reconhecimento do valor a justificar a consideração de área *non aedificandi*, por analogia com os artigos precedentes chega-se à

conclusão de que a determinação seja originária de lei, ato administrativo ou decisão judicial. Vide item 4.1.1.

4.3.2 Objeto jurídico

É a ampla proteção ao meio ambiente cultural. O legislador objetiva a preservação da higidez e da estética do solo não edificável e seu entorno.

Tratando-se de imóvel tombado, o Decreto-Lei nº 25/37 dispõe expressamente que:

“Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.”

A razão da proteção do entorno dos imóveis tombados explica-se pelo fato de que o tombamento seria ineficaz se não se adotassem medidas para evitar que nas áreas circundantes se realizassem obras que culminassem com a descaracterização do bem ou com a diminuição do valor que ensejou a sua preservação. Parte da doutrina entende que a referida restrição só surge a partir da averbação do ato declaratório no registro de imóveis, de acordo com os dispositivos do Código Civil que dispõem sobre a instituição e a eficácia de direitos reais sobre imóveis (art. 530, I, 676 e 856 – CC).¹⁹

4.3.3 Tipo subjetivo

A conduta é punida a título de dolo, consistente na vontade livre e consciente de promover a construção sem a autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Não existe a possibilidade de punição a título de culpa.

4.3.4 Tipo objetivo

Caracteriza-se pelo ato de construir em solo não edificável ou em seu entorno, sem a devida autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a mesma.

¹⁹ PIRES. *Da proteção ao patrimônio cultural*, p. 161.

Construir significa erguer, levantar edificação ou estrutura. O entorno pode ser entendido como o espaço físico necessário à harmonização entre o local protegido e a área que o circunda.

O art. 23, III, da CF/88 dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. Com fins neste dispositivo o Superior Tribunal de Justiça já proclamou que:

“A competência para legislar a respeito de construção em área de preservação por força de existência de paisagens naturais notáveis, é simultânea da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do disposto nos arts. 23, III, e 24, VI e VII, da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais. Improvimento do recurso.” (STJ – RO-MS 9279 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 28.02.2000 – p. 40)

Dessa forma, a autoridade competente para conceder a autorização será aquela ligada ao ente federativo que tiver declarado o bem como protegido. No caso de cumulação de reconhecimentos, entendemos necessária a autorização por parte de todos os entes.

A respeito da responsabilização penal dos que constroem em área não edificável em virtude de seu valor cultural, colhemos o seguinte aresto:

“AMBIENTAL - BEM TOMBADO - CONSTRUÇÃO IRREGULAR NO ENTORNO - CF, ART. 5º, XXII E XXIII - DECRETO-LEI Nº 25/37, ART. 18 E LEI Nº 3.924/61, ARTS. 1º E 2º - A construção irregular, em área próxima de bem tombado em razão de suas características históricas e arquitetônicas, justifica a decisão judicial de destruição, pois o interesse individual do proprietário deve ceder diante do interesse social do Poder Público na preservação do bem cultural.” (Apelação Cível nº 91.04.01871-0 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região. j. 12.11.1992 - Relator: Juiz Vladimir Freitas)

4.3.5 Sujeito ativo

Vide item 4.1.5.

4.3.6 Sujeito passivo

É a coletividade e, de forma secundária, a pessoa detentora do domínio

do solo não edificável se ela não for o próprio sujeito ativo do crime. É de se recordar que a propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 3924/61).

4.3.7 Competência

Vide item 4.1.7.

4.4 Pichação de monumento arqueológico localizado em área urbana

O último tipo penal da Seção IV da Lei nº 9.605/98 está inserto no art. 65, que dispõe:

“Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar a edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.”

Tendo em vista o objetivo deste trabalho, nossa análise se voltará para o parágrafo único do dispositivo, cuja objetividade jurídica engloba monumentos ou coisas tombadas em razão de seu valor arqueológico.

Achamos que o legislador foi infeliz ao inserir o referido parágrafo único no tipo em comento, porque a proteção aos objetos materiais mencionados neste dispositivo já era plenamente alcançada pelo art. 62 da Lei nº 9.605/98.

Parece que o legislador buscava proteger as edificações e os monumentos comuns situados a céu aberto, tais como bustos, esculturas, estátuas, obeliscos, arcos chafarizes, marcos e outros, da ação predadora de gangues de pichadores e grafiteiros. Contudo, com a inserção do parágrafo único, a lei acabou premiando de forma absolutamente incoerente aqueles que deterioram bens tombados situados em áreas urbanas, sabidamente mais expostos à degradação e, portanto, merecedores de maior proteção.

Como se percebe, as penas do delito doloso previsto no art. 62 (reclusão de um a três anos, e multa) são maiores e mais graves do que as do art. 65, parágrafo único (detenção de seis meses a um ano e multa).

4.4.1 Objeto material

São os monumentos e as coisas situadas em áreas urbanas e tombadas em decorrência de seu valor arqueológico. A Lei nº 3924/61, em seu art. 2º, faz uma enumeração exemplificativa dos principais monumentos arqueológicos.

4.4.2 Objeto jurídico

É a ampla proteção ao meio ambiente cultural. O legislador objetiva a proteção da higidez das coisas e monumentos localizados no perímetro urbano e tombados em razão de seu valor arqueológico. A hipótese de localização de bens de valor arqueológico em áreas urbanas não é rara nos dias atuais, em que as cidades se expandem vertiginosamente. Existem ainda cidades que já nasceram junto a sítios arqueológicos, como é o caso da conhecida São Tomé das Letras, localizada no Sul de Minas Gerais, onde existe ao lado da igreja matriz, construída no séc. XVIII em homenagem a São Tomé, uma pequena gruta que abriga pinturas rupestres pré-históricas, garatujas semelhantes a *letras* que explicam a origem do nome da antiga povoação.

4.4.3 Tipo subjetivo

A conduta é punida a título de dolo, consistente na vontade livre e consciente de pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar coisa ou monumento tombado em razão de seu valor arqueológico. Não existe a possibilidade de punição a título de culpa.

A vontade de danificar o objeto material na maioria das vezes estará ínsita na conduta de quem picha ou grafita o bem protegido.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a respeito de tema símile, já teve a oportunidade de assim decidir:

“DANO QUALIFICADO – BEM PÚBLICO – PICHACÃO – ANIMUS NOCENDI – REPARAÇÃO DO DANO – Configura o crime de dano, previsto no art. 163, parágrafo único, III, do CP, a pichação de imóvel público, por implicar deterioração, sendo punível a título de dolo, uma vez que a intenção de prejudicar está ínsita na prática criminosa, pela qual responde o agente independentemente de proceder ao ressarcimento do dano.” (TAMG – Ap 0202822-8 – 1ª C.Crim. – Rel. Juiz Audebert Delage – DJMG 05.03.1996)

4.4.4 Tipo objetivo

As ações incriminadas são: pichar, grafitar e conspurcar. Pichar é o ato de escrever ou desenhar nomes, mensagens, propagandas, protestos etc. Grafitar é conduta símile a pichar, e diz respeito à inserção de palavra, frase ou desenho, geralmente de caráter jocoso, informativo, contestatório ou obsceno, em local público. Conspurcar é sujar, manchar, macular.

O fato de o agente ter ressarcido os prejuízos causados ao bem atingido não é impeditivo de condenação na esfera criminal.

4.4.5 Sujeito ativo

Vide item 4.1.5.

4.4.6 Sujeito passivo

É a coletividade, que se vê prejudicada pela degradação do meio ambiente cultural.

4.3.7 Competência

Vide item 4.1.7.

5 Dano em bem de valor arqueológico causado para fins de propaganda eleitoral

A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, no seu art. 328 estabelecia como crime:

“Art. 328. Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante:

Pena – detenção de até 6 (seis) meses e pagamento de 40 (quarenta) a 90 (noventa) dias-multa.

Parágrafo único. Se a inscrição for realizada em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 40 (quarenta) a 90 (noventa) dias-multa."

Desta feita, as condutas de escrever, assinalar ou fazer pinturas em monumento ou coisa tombada por seu valor arqueológico, para fins de propaganda eleitoral, encontravam adequação típica no referido dispositivo legal, que, por força do princípio da especialidade, prevalecia sobre o tipo descrito no artigo 165 do CP, de aplicação genérica.

Contudo, o art. 107 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, revogou expressamente o art. 328 do Código Eleitoral, passando a ter aplicação irrestrita, a partir de então, o art. 165 do CP até que o mesmo foi revogado tacitamente pelo art. 62 da Lei nº 9.605/98, que atualmente regulamenta a matéria e cuja pena é mais severa (reclusão de um a três anos e multa).

Se o bem for tombado e estiver situado em área urbana, vide art. 65 da Lei de Crimes Ambientais.

6 Contrabando de bens de valor arqueológico

O comércio ilícito de bens culturais com o exterior tem sido um dos maiores responsáveis pela pilhagem de sítios arqueológicos, pela perda de informações científicas e pela ilegal alienação do patrimônio cultural brasileiro.

Preocupado com o tráfico ilícito de bens culturais e com os danos irreparáveis que freqüentemente dele decorrem, para esses próprios bens e para o patrimônio cultural das comunidades nacionais, bem como para o patrimônio comum dos povos, o governo brasileiro promulgou, através do Decreto 3.166, de 14 de setembro de 1999, a Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma em 24 de junho de 1995. A mencionada convenção objetiva, em síntese, estabelecer um conjunto mínimo de regras jurídicas comuns para os efeitos da restituição e do retorno dos bens culturais entre os Estados Contratantes e para favorecer a preservação e a proteção do patrimônio cultural no interesse de todos.

Contudo, mister se faz a prevenção e a punição dos agentes responsáveis pela exportação ilícita dos bens arqueológicos por via da tutela penal, sob pena de contínua e desastrosa perda de tal patrimônio, pelo que a doutrina especializada no tema tem reclamado uma criminalização eficaz da exportação dos bens culturais móveis sem autorização dos órgãos de proteção do patrimônio cultural.²⁰

²⁰ RODRIGUES. Meio ambiente cultural, p. 358.

No que tange ao patrimônio arqueológico, particularmente entendemos que a exportação de objetos de interesse para a arqueologia, sem licença expressa da Diretoria do Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional, encontra adequação típica no art. 334, § 1º, b, do Código Penal brasileiro (fato assimilado a contrabando em razão de lei especial) e sujeita o infrator à pena de reclusão de um a quatro anos.

Primeiramente é necessário ressaltar que contrabando é a importação ou exportação de mercadoria proibida e, ao contrário do descaminho, a sua objetividade jurídica nada tem a ver com o fisco. Geralmente, com a sua incriminação, protegem-se outros bens jurídicos, tais como a saúde, a moral, a segurança pública e a soberania nacional no seu mais alto sentido, ou seja, o direito do Estado brasileiro de controlar a entrada e saída de mercadorias do País. Assim sendo, verifica-se que existem razões extrafiscais para se incriminar o contrabando.²¹

No que tange à figura penal descrita no §1º, b, do art. 334 do CPB, trata-se de norma penal em branco, que se completa com as leis especiais.

Segundo dispõe a Lei nº 3924/61 em seu art. 20, *"nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, constante de uma 'guia' de liberação na qual serão devidamente especificados os objetos a serem transferidos."* De se ressaltar que os infratores do disposto na referida lei devem ser apenados criminalmente, consoante determinação do seu art. 29, *fine*.

Desta feita, sendo proibida a exportação dos objetos mencionados no art. 20 da supracitada Lei, sem a necessária guia de liberação expedida pelo IPHAN, parece não restar dúvida de que a prática da conduta vedada pela lei especial se assemelha ao contrabando, devendo ser punida nos termos do art. 334, § 1º, b, do CPB.

Sendo tombados os bens arqueológicos ilegalmente exportados, aplica-se ainda como norma penal complementar o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que dispõe expressamente em seu art. 15, § 3º: *"A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando."*

²¹ SILVEIRA. Contrabando e descaminho na Zona Franca de Manaus, p. 28.

7 A ação civil pública na defesa do patrimônio arqueológico brasileiro

Com o advento da nova Carta Magna, foi expressamente outorgada ao Ministério Público, em sede constitucional (art. 129, III), a titularidade para promover a ação civil pública objetivando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No dizer do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, *"As ações civis públicas conduzidas pelo Ministério Público, objetivando a preservação do meio ambiente e a reparação dos danos a ele causados, constituem o maior avanço em matéria de proteção da qualidade ambiental e da saúde da população observado em nosso País nos últimos anos."*²²

Em que pese o presente artigo ter por escopo a análise da tutela penal do patrimônio arqueológico, necessário ressaltar que a ação civil pública se coloca como poderosa ferramenta de proteção do patrimônio cultural brasileiro e pode ser utilizada como instrumento a viabilizar subseqüente tutela penal estatal. Explica-se.

Consoante dissemos quando da análise dos arts. 62 e 63 da Lei 9.605/98, a declaração do valor arqueológico de um determinado bem se pode dar mediante decisão judicial. Desta feita, abre-se a possibilidade do reconhecimento do valor cultural de um objeto ou monumento arqueológico, por exemplo, mediante a propositura de ação civil pública no caso da inexistência de ato administrativo ou lei protegendo-os.

Conforme ensina a melhor doutrina a respeito do tema, com fundamento na Lei nº 7.347/85, pode ser aforada ação cautelar no sentido de sustar quaisquer atos que possam vir a causar a descaracterização de um bem não protegido enquanto estiver *sub judice*. Na ação principal, através da perícia poderá ser declarado protegido para sempre, mantidas suas características, em virtude de seu valor cultural.²³

Não é outra a conclusão de José Raul Gavião de Almeida, que leciona: *"O interesse público não é aquele que o legislador declara, mas a realidade mesma, sentida pelo critério social. Esta situação pode se apresentar e anteceder a própria declaração legislativa. São tendências sociais que podem ser reconhecidas pelo Judiciário."*²⁴

Trilhando esta moderna linha de entendimento, a jurisprudência tem se

²² DIPP. O meio ambiente na visão do STJ, p. 7.

²³ RODRIGUES. Meio ambiente cultural, p. 326.

²⁴ ALMEIDA. Da legitimação na ação civil pública, p. 50.

manifestado a respeito da procedência da ação civil declaratória nos seguintes termos:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Não se deve apagar a memória do passado. Não só em respeito aos que nela foram vida, mas para possibilitar o conhecimento de como viviam, para que da comparação com o presente, possa a sociedade atual decidir sobre seu futuro. O conjunto, a arquitetura e a vegetação em redor retratam a memória de uma época, quando nas coisas se refletia a tonalidade de um tempo. A vida passada é compreendida pelos símbolos que ficam. Por suas expressões se mergulha no pretérito.” (TJSP – AC 137.765-1 – Ribeirão Preto – Rel. Des. Jorge Almeida – J. 03.04.1991)

A respeito da competência para a propositura da ação civil pública em benefício do patrimônio arqueológico, nos termos da Súmula 183 do STJ: *“Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.”*

Portanto, abre-se ao Ministério Público Estadual a possibilidade de instaurar inquéritos civis e propor ações civis públicas visando à tutela do patrimônio arqueológico nacional, não ficando restritas ao âmbito do Ministério Público Federal tais atribuições.

A propósito, decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – SÍTIO ARQUEOLÓGICO – Art. 109, I, parágrafos 3º e 4, CF. Lei 7347/85, art. 2. *A competência para processar e julgar ação civil pública, objetivando proteção ao meio ambiente, é do juízo em que ocorreu o dano. Precedente. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo estadual.”* (STJ – CC 12361 – RS – 1ª S. – Rel. Min. Américo Luz – DJU 08.05.1995 – p. 12277)

Enfim, a ação penal e a ação civil pública mostram-se como eficientes instrumentos de proteção dos bens que integram o meio ambiente cultural de nosso país, abrindo principalmente ao Ministério Público amplas perspectivas de atuação com vistas a assegurar aos cientistas e à população em geral o conhecimento, o estudo e a interpretação dos mais antigos vestígios da presença humana sobre a Terra.

8 Normas jurídicas federais de proteção ao patrimônio arqueológico nacional

Leis

- Lei nº 3.924, de 1961 – Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos;
- Lei nº 6.938, de 1981 – Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
- Lei nº 7542, de 1986 – dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

Decretos

- Decreto-Lei nº 25, de 1937 – Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.
- Decreto nº 3.166, de 1999 - Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais furtados ou ilicitamente exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

Portarias

- Portaria Interministerial nº 69, de 1979 (Ministérios da Cultura e da Marinha) – Aprova normas comuns sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens de valor artístico, de interesse histórico ou arqueológico, afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar.
- Portaria nº 07, de 1988 (IPHAN) – Estabelece os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas em sítios arqueológicos previstas na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961.

Resolução

- Resolução 001, de 1986 (CONAMA) – Estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental.

9 Apêndice: relação dos sítios arqueológicos cadastrados pelo iphan no Estado de Minas Gerais²⁵

Além Paraíba: Sítio Gruta do Chié - Sítio Ouro Fino - Sítio Toca do Bongue - Sítio Toca do Coqueiro.

Alfenas: Batatal - Campus da FALIA - Chácara da Pedreira - Sítio da Paineira - Sítio Barra do Muzambo - Sítio Carrachi - Sítio Cruz Preta - Sítio do Campinho - Sítio Guaraci - Sítio Jovino - Sítio Mata das Garças - Sítio Mato Dentro - Sítio Muquirana - Sítio Santa Maria - Sítio Vale do Sol Alterosa - Santa Maria

Andrelândia: Cavinha do Porto - Pedra da Onça - Pedreira - Sítio Serra do Santo Antônio - Toca do Índio

Araguari: Folha Larga - Jeová - Rodrigues - Santo Antônio do Fundão - Tenda - Tubertino

Arcos: Abrigo da Fuligem - Abrigo da Loca D'água - Bocaininha II - Bocaininha III - Candonga - Córrego da Olaria - Cupim - Fazenda Barrinha - Fazenda Faroste - Formigueiro - Gabriel Andrade - Labirinto da Companhia Siderúrgica Nacional - Lapa da Cassanga - Lapa da Posse Grande - Lapa das Abelhas I - Lapa das Abelhas II - Lapa de Corumbá - Lapa do Antônio Vitalino - Loca do Bugre - Loca dos Índios - Sítio Biquinha I - Sítio Bocaininha I - Sítio Corumbá - Sítio da Porteirinha - Sítio do Chuveiro - Sítio do Hilarindo - Sítio Dona Rita - Subestação da Companhia Siderúrgica Nacional - Tot Gabriel - Vargem Grande

Bom Despacho: Indaiá.

Baldim: Fazenda Carneiro I - II - Fazenda Velha - Retiro do Arreio - Retiro do Meio - Rótulo

Bambuí: Sítio Boa Vista - Sítio Capoeirão - Sítio Catinga - Sítio do Aranha - Sítio dos Coqueiros - Sítio Mata do Minguta - Sítio Olhos d'Água

Barão de Cocais: Pedra Pintada de Cocais

²⁵ Dados constantes do site:

www.iphan.gov.br/bancodados/ARQUEOLOGICO/pesquisasitiosarqueologicos.asp

Belo Horizonte: Córrego do Cardoso - Horto Florestal

Bocaiúva: Abrigo do Bi - Gruta Antiga de Terra Branca - Lapa do Arrenegado
- Lapa do Cassimiro

Borda da Mata: Sertão da Bernardina - Volta Redonda do Espriado

Botumirim: Abrigo I da Vargem da Estiva - Abrigo II da Vargem da Estiva -
Lapa da Pindaíba - Lapa do Bugre I do Ribeirão Gigante - Lapa do Noruega -
Pedra de Bugre - Pedra do Bugre da Vargem da Estiva - Pedras Pintadas da
Fazenda Olhos d'Água - Sítio dos Guimarães - Três Barras

Brasília de Minas: Lapa do Sumidouro II - Lapa Pintada do Serapião

Brumadinho: Abrigo da Casa Branca

Buritizero: Cemitério da Caixa d'Água

Campos Altos: Quilombo do Ambrósio

Capela Nova: Fazenda Bela Vista

Carangola: Sítio Arqueológico Fazenda Córrego do Maranhão

Carmo do Rio Claro: Campo da Gabiroba - Sítio Barro Branco - Sítio Córrego
Bonito - Sítio Graças a Deus II - Sítio Panorama - Sítio Santa Cristina II

Carmópolis de Minas: Sítio Arqueológico Angola - Sítio do Lourenço - Vargem
Alegre

Centralina: Rezende

Chiador: Sítio Peral - Sítio Verônica

Conceição do Mato Dentro: Campo Jardim - Passa Cinco - Serra do Macedo

Conquista: Sítio Aldeia dos Dourados - Sítio Califórnia - Sítio Coqueiros - Sítio

da Escolinha - Sítio do Basílio - Sítio do Jatobá - Sítio Mandioca - Sítio Poçãozinho - Sítio Ribalta - Sítio Santa Cecília - Sítio Santa Cruz - Sítio Santo Inácio

Conselheiro Pena: Barra do Cuieté - Bela Vista - Boa Esperança - Boa Vista - Boiadeiro - Fazenda do Eme - Pedra do Letreiro - Pedra Pintada

Coração de Jesus: Caverna do Espigão - Lapa do Salitre - Lapa do Sobradinho - Lapa Madame Cassou - Panela do Tapuia - Sítio Calionguê

Jequitaí: Gruta do Sol Coração de Jesus - Sítio da Lagoa

Corinto: Primavera II

Cristália: Abrigo da Barra do Itacarambiruçu - Abrigo da Vargem do Monjolo I - Abrigo da Vargem do Monjolo II - Lapa do Bugre - Lapa do Bugre II - Lapa dos Peixes - Sítio da Pedra Alta

Curvelo: Lapa da Cachoeira - Sítio Curvelo - Sítio do Leme - Sítio Saco Redondo

Datas: Serra da Garatuja

Delfinópolis: Sítio do Capão Grande

Diamantina: Abrigo Dois Corações - Abrigo Passo Preto - Abrigo Rio Batatal - Lapa da Raiz - Lapa do Lagrado - Lapa do Quilombo do Roçado - Quilombo do Guinda - Quilombo do Roçado - Quilombo do Sobradinho

Divinópolis: Fazenda dos Paulistas

Doresópolis: Sítio Barreado - Sítio Dalmada - Sítio do Mozart - Sítio Perobas

Elói Mendes: Alfenas - Sítio dos Olhos

Engenheiro Navarro: Lapa do Salitre

Entre Rios de Minas: João Maia

Estrela d'Álva: Sítio Santo Antônio

Extrema: Abrigo Fazenda do Matão

Fama: Sítio Angá - Vargem Alegre I - Vargem Alegre II

Francisco Dumont: Joaquim Felício - Pedra do Zebu

Francisco Sá: Morro da Abelha - Sítio do Angico

Gouveia: Lapa do Camelinho - Sítio Riacho do Vento

Grão Mogol: Abrigo da Barra do Ventania - Abrigo do Funil do Itacambiruçu - Abrigo do Ribeirão Extrema - Abrigo do Taquaral e atelier de lascamento - Abrigo I da Ponte Nova do Ventania - Abrigo II da Ponte Nova do Ventania - Atelier de Lascamento da Ponte Nova do Rio Ventania - Escurinha I - Escurinha II - Lapa do Buriti - Lapa do Elvino Gonçalves - Lapa do Poção do Ventania - Lapa do Rato I - Lapa do Rato II - Lapa do Rato III - Lapa do Ventania I - Lapa do Zé Maria - Lapa Maria das Neves - Lapão da Fazenda Pedra Preta - Pedra da Extrema - Pedra do Altino - Pedra do Bode - Pedra do Jambeiro II - Pedra do Jambeiro III - Sítio do Vau da Limeira - Vargem do Quartel I - Vargem do Quartel II

Guimarânia: Silva Serrote

Ibiá: Fazenda Samambaia

Ibirité: Sítio Antipoff - Sítio Serra Boa

Iguatama: Sítio Guaribu - Sítio Pains - Sítio do Togo

Ilicínia - Jeribá - São José da Bela Vista - Sítio da Conquista - Sítio dos Coqueiros

Indianópolis: Serra Dourada

Iraí de Minas: Celso Brá Inácio - Fazenda Cocais - Fazenda da Mata - Fazenda Engenho de Serra III - Fazenda Pastinho - Luzia Almeida - Manoel Malaquias -

Maria Querubina - Plínio - Salvador Vieira

Itacambira: Abrigo da Serra do Macuco - Abrigo da Tuituberaba - Paineis Rupestres I da Serra Resplandescente - Paineis Rupestres II da Serra Resplandescente - Paineis Rupestres III da Serra Resplandescente

Itacarambi - Abrigo do Pingo I - Abrigo do Pingo II e III - Abrigo do Zé de Souza - Abrigo Tiago II - Gruta da Filuca - Gruta do Zé de Souza I - Gruta do Zé de Souza II - Gruta do Zé de Souza III - Gruta dos Caramujos - Lapa da Grunã - Lapa das Cabras - Lapa de Rezar - Lapa do Jorge - Lapa Olho D'Águinha - Novinha Paraibana - Sítio do Elias - Sítio do Judas - Sítio Lítico do Quilombo

Itambacuri - Fazenda Tininho

Itamonte - Itamonte

Itapeva - Sítio da Ponte de Zinco - Sítio do Itapeva - Sítio do Poscai - Sítio Pessegueiro

Itatiaiuçu - Pedra do Camargo

Itinga - Toca do Índio I - Toca do Índio II

Jaboticatubas - Fazenda de Baixo I - Fazenda de Baixo II - Fazenda Santa Margarida - Lapa Maior de Padre Domingo - Lapinha do Cipó - Niáctor da Lapa Grande - Sítio Cerâmico Rancho Novo - Sítio Cerâmico Zé do Cláudio - Várzea do Joá

Janaúba - Lapa do Bico da Pedra - Lapa do Poço do Defunto

Januária - Abrigo da Grutinha - Abrigo da Mãe Joana - Abrigo da Pedra Isolada I - Abrigo da Pedra Isolada II - Abrigo das Bromélias I - Abrigo das Bromélias II - Abrigo das Incisões - Abrigo do Brejinho - Abrigo do Brejinho II - Abrigo do Brejinho III - Gruta do Brejinho II - Abrigo do Brejinho IV - Abrigo do Brejinho V - Abrigo do Brejinho VI - Gruta do Brejinho IV - Abrigo do Brejinho VII - Abrigo do Brejinho VIII - Abrigo do Itabaiana - Abrigo do Itabayana - Abrigo do Janelão - Abrigo do Lourenço - Abrigo do Malhador - Abrigo do

Morro do Jatobá - Abrigo do Pedro Silva I - Abrigo do Pedro Silva II - Abrigo do Pedro Silva III - Abrigo do Pequi - Abrigo do Sinvaldo - Abrigo do Varal - Abrigo do Viana - Abrigo Magalhães - Abrigo Manoel Leite I - Abrigo Manoel Leite II - Abrigo Manoel Leite III - Abrigo Tombador I - Abrigo Tombador II - Capão do Porco - Estruturas de Pedra - Gruta Bonita - Gruta da Borá - Gruta da Ressurgência do Tatu - Gruta do Barro Alto - Gruta do Belmonte - Gruta do Boqueirão - Gruta do Brejinho I - Gruta do Pequi - Gruta do Varal I - Gruta do Varal II - Gruta do Varal IV - Gruta Verde - Grutinha do Olho d'Água - Gruta do Varal III - Joana Itabayana - Lapa da Hora - Lapa do Boquete - Lapa do Boquete II - Lapa do Caboclo - Lapa do Capim Vermelho I - Lapa do Capim Vermelho II - Lapa do Cardoso I - Lapa do Cassiano - Lapa do Índio - Lapa do Leite - Lapa do Morro - Lapa do Morro Furado - Lapa do Pedrinho - Lapa do Pimpo I - Lapa do Pimpo II - Lapa do Salitre - Lapa do Veado - Lapa dos Bichos - Lapão - Oficina Lítica da Gruta do Janelão - Oficina Lítica do Janelão - Oficina Lítica II - Painel do Varal II, III e IV - Painel Rupestre do Belmonte - Patamares III e IV do Janelão - Rio Peruaçu - Sítio Cerâmico da Grotinha - Sítio Cerâmico Hora Certa - Sítio do Buracão I - Sítio do Buracão II - Sítio do Buracão III - Sítio do Virgulino - Terra Brava I

Jequitaí - Curral de Pedra - Lapa da Porteira - Lapa do Lageado - Lapa do Salitre I - Lapa do Salitre II - Lapa Pintada ou Ibiaí - Ilha dos Bois

Jequitibá - Rochedo

Jequitinhonha - Abrigo de Porto Surubim

João Pinheiro - Córrego da Extrema

Joaquim Felício: Abrigo do Catulé - Sítio Jataí - Sítio Pedras Altas

Lagoa Santa: Abrigo do Bodão - Abrigo do Galinheiro - Arruda - Bité - Fazenda Alpercata - Jacques I - Jacques II - Lapa do Jessé - Lapa do Salitre - Lapa Vermelha de Lagoa Santa - Lapinha I - Lapinha II bis A - Lapinha II bis B - Pastinho - Pedra Falsa - Quebra Prato - Sítio Cerâmico do Bené - Sítio Cerâmico Nilo Abreu - Vaca Prenha - Viana

Lassance: Cabeceira do Guará I - Cabeceira do Guará II - Cabeceira do Guará

III - Cabeceira do Mundá Puçá - Lapa da Onça - Lapa de Santo Antônio - Lapa do Chapéu - Lapa do Marimbondo

Leme do Prado: Cemitério dos Coelhos - Comunidade de Porto dos Cori / Casa de Germano Coelho - Fazenda do Sobrado - Fazenda dos Coelhos

Leopoldina: Sítio Cerâmico Vargem Linda

Luz: Fazenda Coqueiros

Manga: Lapa da Lavagem - Sítio da Panelinha

Martinho Campos: Criciúma - Itaoca - Salitre

Matias Cardoso: Sítio do Sangrador

Matozinhos: Abrigo da Mata da Cauaia - Abrigo de Caieiras - Açude do Barbosa - Cainhangá - Cerca Grande I - Cerca Grande II - Cerca Grande III - Cerca Grande V - Cerca Grande VI - Cerca Grande VII - Criciúma I e II - Experiência da Jaguará - Gruta de Caieiras - Janelas de Cerca Grande - João Bárbara - Julião - Lapa das Boleiras - Lapa do Ballet - Lapa do Caetano - Lapa do Chapéu - Lapa do Ouro - Mandioccal - Peri-Peri - Poções I - Poções IIa - Poções IIb - Poções III - Porco Preto - Quintalinho - Riacho Dantas - Salitre (Caianga) - Santo Antônio do Mocambo - Santo Antônio II - Sumidouro da Varginha da Cauaia - Vargem da Pedra - Vargem Formosa Monjolos - Abrigo do Mato Virgem

Montalvânia: Abrigo Boa Esperança - Abrigo Brejinho I - Abrigo Brejinho II - Abrigo Brejinho III - Abrigo Brejinho IV - Abrigo da Armadilha - Abrigo da Fonte Escura - Abrigo da Lapa Grande I - Abrigo da Pilastra - Abrigo das Luas - Abrigo do Cabo Verde - Abrigo do Garapé - Abrigo João Amarante I - Abrigo João Amarante II - Abrigo João Amarante III - Abrigo João Amarante IV - Abrigo João Amarante V - Abrigo João Amarante VI - Abrigo Lapa Grande II - Abrigo Lapa Grande III - Abrigo Lapa Grande IV - Abrigo Sales I - Abrigo Sales II - Abrigo Vulcano II - Abrigos I-III do Carneiro - Bíblia de Pedra - Corredor do Aristeu - Curral do Clóvis - Diplodocus I - Diplodocus II - Embaré Gêmeas I - Embaré Gêmeas II - Fazenda São Salvador - Gruta da Jibóia - Gruta do Carneiro - Labirinto de Zeus - Lagoa do Boi - Lapa da Esquadrilha -

Lapa da Hidra - Lapa da Mamoneira - Lapa do Arco - Lapa do Cipó Leste - Lapa do Dragão - Lapa do Gigante - Lapa do Possêidon - Lapa do Sol - Lapa do Vulcano I - Lapa dos Centímanos - Lapa Escrevida - Lapa Multicores - Lapinha I - Lapinha II - Lapinha III - Lapinha IV - Morro do Cecílio I - Morro do Cecílio II - Pingueira do Juarez I - Pingueira do Juarez II - Serra do Parrela I - Serra do Parrela II - Serra do Parrela III - Serra Preta Leste - Serra Preta Oeste - Sítio Boa Esperança - Sítio do Galdino - Sítio do Genaro I - Sítio do Genaro II - Sítio do Joaquim II - Sítio dos Guris - Sítio Mamed - Toca do Jacaré

Montes Claros: Cachoeira do Bananal - Cana Verde - Fazenda Quebrada I - Fazenda Quebrada II - Gruta do Salitre - Lapa da Bandeirinha - Lapa da Chica Doida - Lapa da Divisa - Lapa d'Água - Lapa das Cabeceiras I - Lapa das Cabeceiras II - Lapa das Garças - Lapa do Bolívar I e II - Lapa do Pilão - Lapa Pequena - Lapa Pintada - Sítio das Lages

Morro da Garça: Fazenda Jandaia I - Fazenda Jandaia II - Fazenda Jandaia III

Nepomuceno: Jaraguá I - Jaraguá II - Sítio do Raposo

Nova Serrana: Sítio Estação do Cercado

Oliveira: Sítio do Fradique

Pains: Abrigo do Galeno - Argolinha - Gruta do Dionésio - Gruta do Parandá - Lambari - Mato das Frutas - Pains - Ribeirão dos Patos - Sítio do Isafas - Timburé

Papagaios: Sítio do Cafezal - Sítio do Cocão - Sítio do Ganjão - Sítio do Raimundo - Sítio Papagaios

Paracatu: Campo Limpo - Porto Buriti - Sítio Cabeceira - Sítio Charqueada - Sítio Engenho Velho II

Paraguaçu: Baguari - Cava de Baixo - Cava de Cima - Guaripava - Paredão - Pinhalzinho - Sítio da Paz I - Sítio da Paz II - Sítio do Neneca

Patrocínio: Duas Pontes - Fazenda Água Santa - Fazenda Campo Limpo - Fazenda Prata - José Alves - Mata dos Porcos

Pedro Leopoldo: Abrigo Leste - Campinho - Carroção - Eucalipto - Fazenda Ribeira - Fazenda Tamboril - Lagoa Funda - Lapa da Pia - Lapa do Baú Pedro - Lapa do Carroção - Lapa do Sumidouro I - Lapa do Sumidouro II - Lapa Vermelha I - Lapa Vermelha I bis - Lapa Vermelha II - Lapa Vermelha IV - Lapa Vermelha Soleil - Lapa Vermelha VI - Limeira - Mãe Rosa - Marciano - Ronaldo Nascimento - Samambaia I - Samambaia II - Samambaia III - Sítio do Engenho

Pequi: Santa Cruz B - Santa Cruz A

Perdizes: Alaerson I - Alaerson II - Carneiro - Carvoeiro - Enrique - Fazenda Serrote - Genusvaldo - Inhazinha - Jerônimo Trindade - Joaquim Ferreira - Juarez - Menezes - Milharal do Tobias - Osório - Retiro - Romulo Pereira - Terêncio - Valdomira - Volta Seca - Zé da Chana

Perdões: Carranca: Fazenda Olhos d'Água - Romão Fagundes - Sítio do Quietinho

Piedade das Gerais: Fazenda Samambaia

Pimenta: Sítio Cava de Fora

Pirapora: Ilha das Velhas Pirapora ou Ibiá - Ilha do Engenho

Piumhi: Abrigo da Lagoa - Buracão dos Bichos - Capão do Cipó - Chafariz - Fazenda do Rochedo - Lagoinha - Laranjeiras - Limeira - Morro da Ponte de Pedra - São Francisco - Sítio do Bereco - Sítio do Colega - Sítio do Leão - Sítio do Ronan

Pompéu: Capoeira da Serra - Sítio do Estreito - Sítio do Palmito - Sítio Fundinho - Sítio Porto Pará - Sítio São José

Pouso Alegre: Sítio Fernandão

Prudente de Moraes: Capão das Éguas - Dolina da Bebida - Escrivania - Gameleira - Lagoa Verde I, III e V - Limeira - Mato Seco - Vice Rei

Ribeirão Vermelho: Sítio Arqueológico Cacho de Ouro - Sítio do Açude

Sacramento: Sítio Cafundó

Santa Luzia: Macaúbas - Santa Inês I, II e III Santa Luzia ou Jaboticatubas - Barreiro

Santana do Pirapama: Buracão dos Caiçaras - Fechados I - Serra do Caiçara

Santana do Riacho: Abrigo do Bananal - Abrigo do Palácio - Água Limpa I - Água Limpa II - Areão - Cedro Cachoeira - Grande Abrigo de Santana - Gruta do Morro Vermelho - Jaracussu I - Jaracussu II - Jaracussu III - Lapa do Gentio - Lapa do Gentio II - Lapa do Marimbondo - Lapa Luis Soares - Lapa Rosa - Lévi - Pictóglifos do Rio Gavião - Pula Cinco - Rio Cipó I - Sítio do Chapéu do Sol - Sítio Vaz de Melo - Sucupira I, Grande Abrigo - Sucupira II e III

São Brás do Suaçuí: Buraco da Pedra

São Gotardo: Fazenda Vargem Formosa - Sítio da Mata do Milho - Sítio Ladeira

São João Batista da Glória: Letreiro

São Tomé das Letras: Gruta do Zé Alarico - Lapa de São Sebastião - Rancho Queimado I e II - Serra do Areado/Cantagalo - Toca do Mato Serro - Lapa do Campo da Venda

Serro: Lapão (Quilombo) - Mocororô I - Mocororô II - Quilombo do Ó - Serra da Manga - Serra da Parobeira - Serra das Galés - Serra do Raio I - Serra do Raio II

Sete Lagoas: Abrigo Rei do Mato - Fazenda da Lapa - Milharal do Macaco - Pedreira da Vitrina - Sítio da Palhada - Sítio do Ari II - Sítio do Maciel - Sítio do Romero - Sítio do Valão - Sítio Federal - Sítio Lontrinha Sete Lagoas - Vargem Grande

Tiradentes: Tiradentes I

Três Corações: Olhos d'Água - Sítio Arqueológico da Fazenda do Rosário - Sítio Estrada

Turmalina: Lapa da Ponte do Funil - Peixe Cru

Uberaba: Catitu

Uberlândia: Araguari - Boa Esperança - Buracão - Cocal - Dourados - Garimpo - Machado - Pau Furado - Português - Sobradinho

Unaí: Gruta do Gentio I - Gruta do Gentio II - Lapa da Foice I - Lapa da Foice II - Lapa do Pereio - Lapa do Saco Grande - Lapa Santa Clara - Sítio Grota d'Água - Sítio Sorobim

Varzelândia: Aldeia de Macaúbas - Lapa da Pintura - Lapa do Mutambal - Lapa do Piquenique - Lapa do Vicente - Macaúba I e II - Sítio Boqueirão Soberbo/ Lapa de Macaúbas

Vespasiano: Gruta de Carrancas I - Lapa do Urubu

Número de sítios encontrados: 771.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Da legitimação na ação civil pública*. 1985. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BAETA, Alenice Motta. *Salvamento arqueológico nos escombros da Lapa do Arco*. Belo Horizonte, maio 1998.

ICOMOS/ICAHM, Lausanne, 1990. Carta para proteção e gestão do patrimônio arqueológico: introdução. In: *Atas do simpósio sobre política nacional do meio ambiente e patrimônio cultural*, 1997, Goiânia: UCG, 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilmar Passos de. *Crimes contra a natureza*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores, lei 7347/85 e legislação complementar*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

DIPP, Gilson. O meio ambiente na visão do STJ. *Cidadania e Justiça*. v. 4, n. 9, p. 6-12, jul./dez. 2000.

PAULA, Fabiano Lopes de; BAETA, Alenice Motta. Política patrimonial arqueológica no estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: *O Carste*. v. 12, n. 4, out. 2000.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PRICE, Nicholas P. Stanley. Patrimônio natural e arqueológico: ética na intervenção para a conservação do patrimônio arqueológico e natural. In: *Anais do Seminário Internacional*, 6, 1996.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: tombamento, ação civil pública e aspectos criminais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ICOMOS/ICAHM, Lausanne Art. 3º., 1990. In Atas do simpósio sobre política nacional do meio ambiente e patrimônio cultural. Goiânia: UCG, 1997.

SALVATORE, P. Tutela pubblica dell'ambiente, In: *Rassegna Semestrale dell'Unione Nazionale Avvocati degli Enti Pubblici*, Roma, 1975.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, [s.d.]

SILVA, Maria Coeli Pinheiro da. Compatibilizando os instrumentos legais de preservação arqueológica no Brasil: o decreto-lei nº 25/37 e a lei 3.924/61. *Revista da Sociedade de Arqueologia Brasileira*, v. 9, 1996.

SILVEIRA, Eustáquio Nunes. Contrabando e descaminho na Zona Franca de Manaus. *Revista Jurídica*, v.43, n. 211, p. 28-34, maio 1995.

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. Banco de dados: sítios arqueológicos. Disponível em : <www.iphan.gov.br/bancodados/arqueologico>.

ATOS NORMATIVOS

ATOS

ATO PGJ DE 05 DE MARÇO DE 2001

Recomendo aos Promotores de Justiça, nos termos do art. 69, inciso I, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, que fiscalizem a utilização de ambulâncias cedidas pelo Estado de Minas Gerais, através de sua administração direta ou indireta, a Municípios ou entidades situadas em todo o interior do Estado, ou aquelas adquiridas diretamente pelos Municípios, no âmbito das respectivas Comarcas, para que não haja desvio de finalidade relativamente ao uso desses veículos, adotando-se as medidas judiciais e extrajudiciais, quando necessário.

Belo Horizonte, 5 de março de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 07.03.2001

ATO PGJ DE 14 DE MARÇO DE 2001

O Procurador-Geral de Justiça, no exercício de suas atribuições, com fundamento no artigo 3º, § único, do Decreto nº 33.198, de 17 de dezembro de 1991, outorga, extraordinariamente, pelo elevado mérito jurídico, ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, a "Medalha do Mérito do Ministério Público".

Belo Horizonte, 14 de março de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Abelardo Teixeira Nunes

Ana Ivanete dos Santos

João Francisco Rolla

Maria Odete Souto Pereira

José Pontes Júnior

Membros da Comissão de Outorga da Medalha

Publicado no Minas Gerais de 15.03.2001

ATO PGJ DE 20 DE ABRIL DE 2001

“Institui a comissão para combate à adulteração dos combustíveis.”

O Procurador-Geral de Justiça nos termos do artigo 69, inciso I, da Lei Complementar nº 34/94, institui uma comissão para Combate à Adulteração dos Combustíveis, integrado pelas Promotorias de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente, Ordem Econômica e Tributária, CAEX e com atribuições junto ao PROCON Estadual, da região metropolitana de Belo Horizonte, as quais deverão adotar as medidas administrativas, cíveis e criminais, relacionadas com a matéria em questão.

Belo Horizonte, 20 de abril de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 27.04.2001
Republicado no Minas Gerais de 18.09.2001

AVISOS

AVISO PGJ DE 15 DE MARÇO DE 2001

“Avisa aos Promotores de Justiça da necessidade de promoverem, por consenso, a atribuição da matéria relativa à fiscalização do SUS – Sistema Único de Saúde.”

O Procurador-Geral de Justiça, no exercício de suas atribuições, com fulcro no disposto do artigo 64, da Lei Complementar nº 34/94, avisa aos Promotores de Justiça da necessidade de promoverem, por consenso, a atribuição da matéria relativa à fiscalização do SUS (Sistema Único de Saúde), na Promotoria de Justiça onde houver acima de 1 (um) cargo de Promotor de Justiça e, na eventualidade de não haver o referido consenso, deverá encaminhar a aludida matéria à Egrégia Câmara de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para exame e deliberação, prevalecendo, no interregno, a distribuição equitativa dos feitos inerentes afetos à cada Promotoria de Justiça.

Belo Horizonte, 15 de março de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 17.03.2001

AVISO PGJ DE 01 DE AGOSTO DE 2001

“Relembra ao Promotores de Justiça a necessidade de fiscalizar, as cadeias públicas e estabelecimentos prisionais.”

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o

Artigo 18, incisos LV e LXIII, da Lei Complementar nº 34/94, lembra aos Promotores de Justiça com atribuições na área de execuções penais, da estrita observância do disposto nos artigos 110, XXVII, da LC 34/94; artigo 25, VI, da Lei 8625/93 e artigo 121, I, da CEMG, no sentido de fiscalizar, mensalmente, ou quando conveniente, as cadeias públicas e estabelecimentos prisionais, adotando, em decorrência, as medidas que se fizerem necessárias.

Belo Horizonte, 01 de agosto de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 01.08.2001

AVISO PGJ DE 02 DE AGOSTO DE 2001

"Dispõe sobre a fiscalização das unidades estaduais de ensino"

Considerando as informações recebidas nesta Procuradoria-Geral de que grupos privados vêm firmando "Carta de Intenções" com Diretores de Escolas Públicas Estaduais, que implicam eventualmente em desembolso de verbas públicas, a par de significar, em tese, a subtração das ações administrativas e pedagógicas do Estado de Minas Gerais, gestor constitucional da prestação desse serviço público;

Considerando que incumbe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública (art.129, II, c/c o art.205, CF), pela proteção do patrimônio público e social (art. 129, III,CF), pela proteção integral da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), acompanhando as ações educacionais, que devem ser pautadas pelos princípios estabelecidos no art.206 da Constituição Federal;

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o Artigo 18, incisos LV e LXIII, da Lei Complementar nº 34/94, resolve expedir

este AVISO, registrando a necessidade dos Promotores de Justiça com atribuições na área da proteção do patrimônio público e da proteção da criança e do adolescente exercerem a fiscalização junto às unidades estaduais de ensino, buscando identificar e apurar os fatos acima descritos, promovendo as medidas necessárias, se for o caso (art.129, II in fine, CF)

Belo Horizonte, 02 de agosto de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 03.08.2001

AVISO PGJ DE 17 DE AGOSTO DE 2001

“Avisa a todos os Promotores de Justiça do interior da necessidade da formulação de nova proposta de divisão das atribuições do Ministério Público em todas as Comarcas com mais de uma Promotoria de Justiça.”

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, avisa a todos os Promotores de Justiça do interior da necessidade da formulação de nova proposta, no prazo de 30 (trinta) dias, de divisão das atribuições do Ministério Público em todas as Comarcas com mais de uma Promotoria de Justiça, da qual constem, além das funções cíveis e criminais gerais e critérios de substituição automática, todas as Promotorias Especializadas (Cidadão) arroladas no art. 61 da LC 34/94, com a redação que lhe foi dada pela LC 61/01, ou seja: Promotoria de Justiça de:

1. Defesa do Consumidor;
2. Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Histórico e Cultural;
3. Defesa do Patrimônio Público;
4. Defesa dos Direitos Humanos, de apoio Comunitário e de Conflitos Agrários;
5. Fiscalização da Atividade Policial;

6. Defesa da Saúde;
7. Habitação e Urbanismo;
8. Defesa da Ordem Econômica e Tributária;
9. Tutela das Fundações;
10. Defesa dos Direitos dos Deficientes e Idosos;
11. Infância e da Juventude.

Informa, ainda, que, no citado rol, não consta mais a Promotoria de Justiça Especializada na Prevenção de Acidentes do Trabalho, cujas atribuições são, agora, nos termos de decisão do Supremo Tribunal Federal, do Ministério Público do Trabalho.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 2.001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 18.08.2001

AVISO PGJ DE 28 DE AGOSTO DE 2001

“Avisa aos Promotores de Justiça que informem a existência de adolescente cumprindo medida sócio-educativa de internação em estabelecimento prisional ou em local impróprio do previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.”

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais avisa aos Promotores de Justiça com atribuições na área da Infância e da Juventude, que informem ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Infância e Juventude-CAO/IJ a existência de adolescente cumprindo medida sócio-educativa de internação ou que esteja provisoriamente acautelado em estabelecimento prisional do Estado de Minas Gerais, em cadeia pública ou outro local impróprio, diferente daquele previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

As informações deverão ser enviadas no prazo de 10 dias, para que sejam tomadas as medidas cabíveis, pelo fax nº 0(xx)31 3271-8018 ou para a Av. Olegário Maciel nº 555 - Centro -BH - Cep 30180-110

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 29.08.2001

**AVISO CONJUNTO CGJ CGMP Nº 1,
DE 07 DE NOVEMBRO DE 2001**

“Estabelece diretrizes relativas à intimação pessoal do Ministério Público, como fiscal da lei ou nas intervenções obrigatórias, na comarca de Belo Horizonte.”

O Desembargador Murilo José Pereira, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e Diretor do Foro da comarca de Belo Horizonte, e o Dr. Márcio Heli de Andrade, Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais,

Considerando a constatação de que, na comarca de Belo Horizonte, o Ministério Público está sendo intimado de despachos judiciais cíveis através do Diário Oficial ou por mandados de intimação, sem vista dos autos;

Considerando o fato de que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, deve ser pessoal e realizada mediante a entrega dos autos com vista, consoante o disposto no artigo 236, § 2º, do Código de Processo Civil, no artigo 41, inciso IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12/02/93, no artigo 18, inciso II, alínea h, da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93, e no artigo 106, inciso III, da Lei Complementar nº 34/94;

Considerando, finalmente, os estudos e as deliberações efetivadas no âmbito dessas Corregedorias,

Avisam que, na comarca de Belo Horizonte, para que ocorra a intimação pessoal do Ministério Público, como fiscal da lei ou nas intervenções obrigatórias,

os autos dos processos, com vista ao Promotor de Justiça, deverão ser remetidos, mediante carga, ao Centro de Apoio Operacional da Capital – CAO/MP/BH, que ficará encarregado da imediata distribuição dos feitos judiciais.

O Promotor de Justiça será considerado intimado no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento do feito judicial pelo CAO/MP/BH, na pessoa de um representante do Ministério Público, consoante os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade da Instituição.

Comunicam, ainda, que nas demais comarcas do Estado de Minas Gerais a intimação pessoal do Ministério Público deve ser feita na pessoa de seu representante, mediante a entrega dos autos com vista.

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2001
DESEMBARGADOR MURILO JOSÉ PEREIRA
Corregedor-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 09.11.2001

AVISO PGJ Nº 1, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2001
(republicação)

“Dispõe sobre requisições do Ministério Público ao SISEMA.”

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais e visando racionalizar, otimizar e regularizar o cumprimento de requisições do Ministério Público aos órgãos competentes do SISEMA, e cumprir o disposto na cláusula do convênio 06/2001-SEMAD/SECT, avisa a todos os Promotores de Justiça com atribuições na área da Defesa do Meio Ambiente, que:

1. Nas requisições de perícias, laudos técnicos e informações aos órgãos competentes do Sistema Estadual de Meio Ambiente (IEF, IGAM e FEAM), objetivando instruir apuração do Ministério Público, sugere-se, sempre que possível, que o órgão de execução, preferencialmente, se dirija aos escritórios locais e regionais das respectivas instituições, quando houver;

2. Não havendo possibilidade de atendimento satisfatório nas respectivas regionais, e diante da necessidade de se requisitar dados e laudos técnicos

diretamente às direções das instituições na Capital, devem os membros do Ministério Público encaminhar as suas requisições, primeiramente, ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAO-MA), para fins de verificação da possibilidade de atendimento diretamente pelo setor técnico daquele CAO.

3. Nessa hipótese, caberá ao Coordenador do CAO-MA determinar o registro da solicitação e verificar a possibilidade do seu atendimento pelo setor técnico do Ministério Público, e, na sua impossibilidade, deverá encaminhar a requisição ao órgão competente, fixando-lhe prazo para cumprimento, se já não estipulado pelo Promotor requisitante;

4. o Coordenador deverá dirigir a requisição diretamente ao órgão previamente disponibilizado para atendimento do Ministério Público pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

5. A Secretaria do CAO-MA competirá fiscalizar o cumprimento dos prazos das requisições dirigidas aos órgãos do SISEMA.

6. Após o atendimento pelos órgãos do SISEMA, o Coordenador do CAO-MA encaminhará a resposta à Promotoria requisitante, com apreciação do setor técnico do CAO-MA se solicitado, registrando, em seguida, o atendimento no seu bando de dados.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Republicado no Minas Gerais de 22.11.2001, com alteração

CONVÊNIOS

CONVÊNIO PGJ PMMG, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2001

“Convênio objetivando o acesso do Centro de Apoio Operacional Estadual – CAOE, às informações contidas na base de dados do sistema COPOM.”

CONVÊNIO QUE ENTRE SI CELEBRAM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, E O ESTADO DE MINAS GERAIS, POR MEIO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS – PMMG.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, doravante denominado MP, sediado na Av. Álvares Cabral, 1.690, Santo Agostinho, nesta Capital, CEP 30.170-001, inscrita no CNPJ sob o nº 20.971.057/0001-45, representada neste por seu Procurador-Geral de Justiça, o Dr. NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA, e o ESTADO DE MINAS GERAIS, por meio da POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS doravante denominada PMMG, sediada na Rua da Bahia, 2.115, Funcionários, nesta Capital, CEP 30.160-012, inscrita no CNPJ 16.695.025/0001-97, representada neste ato pelo seu Comandante-Geral, CORONEL PM ÁLVARO ANTÔNIO NICOLAU, nos termos do Decreto nº 36.885, de 23 de maio de 1995, resolvem celebrar este convênio em conformidade com a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e com a Lei 9.444, de 25 de novembro de 1987, mediante as cláusulas e condições seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA DO OBJETO

O presente Convênio tem por objeto permitir que o Centro de Apoio Operacional Estadual – CAOE, órgão auxiliar da atividade funcional do MP, tenha acesso às informações contidas na base de dados do sistema COPOM, para fins de auxiliar seus membros no exercício de suas atividades e ainda de facilitar o acompanhamento das ocorrências policiais encaminhadas às Delegacias de Polícia, a pedido da PMMG ou de ofício.

CLÁUSULA SEGUNDA DAS OBRIGAÇÕES DO MP

2.2 São obrigações do MP:

2.2.1 Acompanhar por meio do CAOE, as ocorrências policiais, de ofício ou atendendo às solicitações da PMMG, adotando as providências cabíveis para o devido prosseguimento da persecução criminal, conforme legislação vigente;

2.2.2 Solicitar à PMMG cópia dos Boletins de Ocorrências que estiverem sendo acompanhados por meio do CAOE, tendo-se em vista que as informações constantes do sistema COPOM não coincidem totalmente com os dados verificados no local da ocorrência e transcritos nos Boletins de Ocorrências;

2.2.3 Prestar informações à PMMG sobre os desdobramentos das ocorrências policiais, quando houver solicitação;

2.2.4 Compartilhar as informações sobre inquéritos e processos das comarcas de Belo Horizonte, Contagem e de outras comarcas que vierem a integrar o sistema de movimentação de autos do MP;

2.2.5 Arcar com os custos de instalação, comunicação de dados e manutenção dos terminais de computadores a serem instalados no CAOE, por meio de recursos orçamentários próprios;

2.2.6 Publicar o extrato deste convênio no Diário Oficial do Estado e adotar as medidas previstas na Instrução Normativa 06/99 – TCEMG, de 15 de dezembro de 1999.

CLÁUSULA TERCEIRA DAS OBRIGAÇÕES DA PMMG

3.1 São obrigações da PMMG:

3.1.1 Fornecer ao MP/CAOE, acesso à base de dados do sistema COPOM;

3.1.2 Encaminhar ao MP/CAOE cópia dos Boletins de Ocorrência que forem solicitados, conforme item 2.2.2 deste convênio;

3.1.3 Prestar apoio técnico para a instalação e operação do sistema COPOM.

CLÁUSULA QUARTA DO PRAZO

O prazo de vigência do presente Convênio será de 2 (dois) anos, contados a partir da sua assinatura, podendo ser renovado e/ou modificado por meio de Termo Aditivo.

CLÁUSULA QUINTA DA RESCISÃO

É facultado a qualquer das partes rescindir o presente Convênio, sem qualquer ônus, mediante expresse aviso, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

CLÁUSULA SEXTA DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

6.1 As despesas decorrentes do presente convênio serão custeadas pelo MP, por meio da dotação orçamentária 1091.03.122.001.2.127.0001.3132-41, fonte 30.1, sendo estimado o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para execução deste convênio.

6.2 Não haverá transferência de recursos entre os convenientes para a execução deste convênio.

CLÁUSULA SÉTIMA DOS PREPOSTOS

Para acompanhamento deste convênio ficam nomeados os seguintes prepostos:

Pelo MP: O Diretor do CAOE;

Pela PMMG: O chefe do COPOM/BH.

CLÁUSULA OITAVA DO FORO

O Foro de Belo Horizonte/MG é o competente para dirimir questões oriundas da aplicação deste Convênio.

E, assim, por estarem justos e convencionados, assinam o presente em 04 (quatro) vias de igual teor e forma, na presença de 02 (duas) testemunhas, para que produza seus efeitos jurídicos.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral De Justiça

ÁLVARO ANTÔNIO NICOLAU, CEL PM

Comandante-Geral

TESTEMUNHAS:

Carlos André Mariani Bittencourt

Diretor do CAOE

Reni Abel de Miranda, Tem-Cel PM

Chefe do COPOM/BH

Publicado no Minas Gerais de 16.03.2001

CONVÊNIO PGJ SEMAD SECT, DE 28 DE MARÇO DE 2001

"Convênio visando uma cooperação administrativa e técnica para aprimorar o atendimento das solicitações e requisições feitas pelo MP aos órgãos vinculados à SEMAD e à SECT."

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA QUE ENTRE SI CELEBRAM O ESTADO DE MINAS GERAIS, ATRAVÉS DA SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – SEMAD – E DA SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA – SECT –, e O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, TENDO COMO INTERVENIENTES A FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE – FEAM –, O INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS – IEF –, O INSTITUTO MINEIRO DE GESTÃO DAS ÁGUAS – IGAM – E A FUNDAÇÃO CENTRO TECNOLÓGICO DE MINAS GERAIS – CETEC.

Pelo presente instrumento, o ESTADO DE MINAS GERAIS, através da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SEMAD – inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00957404/0001-78, com sede em Belo Horizonte, na Av. Prudente de Moraes, no. 1671, 5º andar, Bairro Santa Lúcia, neste ato representada por seu titular, Dr. Paulino Cícero de Vasconcellos, e da Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia – SECT –, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.377.514/0001-99, com sede em Belo Horizonte, na Praça da Liberdade, s/ nº, Bairro Funcionários, neste ato representada por seu titular, Dr. Antônio Salustiano Machado, e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Procuradoria-Geral de Justiça, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 20971057/0001-45, sediada na Av. Álvares Cabral, 1690, Bairro Santo Agostinho, nesta capital, representada neste ato por seu Procurador-Geral de Justiça, Dr. Nedens Ulisses Freire Vieira, doravante denominado MP, tendo *como intervenientes* a Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM –, pessoa jurídica de direito público inscrita no CNPJ/MF sob o nº 25455858/0001-71, com sede em Belo Horizonte, na Av. Prudente de Moraes, no. 1671, 1º, 2º e 3º andares, Bairro Santa Lúcia, neste ato representada por seu Presidente, Dr. Ivon Borges Martins, o Instituto Estadual de Florestas – IEF –, pessoa jurídica de direito público inscrita no CNPJ/MF sob o nº 18746164/0001-28, com sede na Rua Paracatu nº 304, Bairro Barro Preto, Belo Horizonte, neste ato representado

por seu Diretor-Geral, José Luciano Pereira, o Instituto Mineiro de Gestão das Águas – IGAM –, pessoa jurídica de direito público inscrita no CNPJ/MF sob o nº 17387481/0001-32, com sede na Rua Santa Catarina no. 1354, Bairro de Lourdes, Belo Horizonte, neste ato representado por seu Diretor-Geral, Dr. Willer Hudson Pós, e a Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais – CETEC –, pessoa jurídica de direito público inscrita no CNPJ/MF sob o nº 16558900/0001-99, com sede em Belo Horizonte, na Av. José Cândido da Silveira, 2000, Bairro Horto, neste ato representada por sua Presidente, Profa. Magdala Alencar Teixeira, *resolvem* celebrar o presente convênio, nos termos da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e mediante as cláusulas e condições seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Este convênio tem por objeto a cooperação administrativa e técnica entre os partícipes, visando a:

- aprimorar o atendimento das solicitações e requisições feitas pelo MP aos órgãos vinculados à SEMAD e à SECT, listados no preâmbulo deste como intervenientes;
- propiciar o surgimento de um canal de comunicação entre os partícipes, de forma a esclarecer aspectos técnicos e jurídicos necessários à realização e à agilização do trabalho acima descrito.

CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTÍCIPES

Para consecução do objeto deste convênio, compete:

I – ao MP :

- a) colocar à disposição da SEMAD, SECT e entidades intervenientes o Centro de Apoio Operacional Estadual do MP – CAOÉ –, como canal de comunicação para esclarecimento de dúvidas acerca das solicitações e requisições das Promotorias de Justiça do Estado, na hipótese de não ter sido possível ou viável a solução direta com o órgão do MP solicitante ou requisitante;
- b) orientar as Promotorias de Justiça no sentido de, sendo possível, obter o pagamento dos gastos realizados pelos órgãos intervenientes com perícias e laudos, junto aos infratores ou causadores de danos apurados, por ocasião da propositura de ação judicial, incluindo as despesas como parte do pedido;
- c) orientar as Promotorias de Justiça no sentido de, sendo possível, exigir do

investigado a apresentação do licenciamento ambiental, da autorização de exploração florestal e/ou outorga de direito de uso de recursos hídricos, antes de requisitar a perícia aos órgãos intervenientes, de forma a propiciar o pagamento do estudo ou laudo pelo próprio causador do dano;

d) orientar as Promotorias de Justiça no sentido de, sendo possível, intimar o órgão ambiental local para assinar, como interveniente, termo de ajustamento de conduta que imponha a esse mesmo órgão o acompanhamento do cumprimento a tempo e modo estabelecidos.

II – ao Estado de MG, através da SEMAD e SECT, e aos órgãos intervenientes:

a) disponibilizar ou enviar ao CAOE relação mensal de perícias, estudos e laudos solicitados ou requisitados, bem como relação dos ainda não atendidos e prazo estimado para solução;

b) buscar atender, com maior brevidade possível, às solicitações e requisições do MP, recebendo os pedidos diretamente das Promotorias de Justiça e remetendo os laudos diretamente a estas, salvo situações peculiares, que serão comunicadas e/ou enviadas ao CAOE do MP;

c) indicar às Promotorias de Justiça o órgão capaz de realizar perícia ou estudo, na hipótese de inviabilidade técnica de atendimento, por meios próprios, da solicitação ou requisição;

d) indicar ao MP o órgão ou o responsável para contato com o CAOE, de cada entidade ou de maneira centralizada, de forma a propiciar fácil solução das pendências.

CLÁUSULA TERCEIRA – RESSARCIMENTO DE DESPESAS

Para viabilizar o cumprimento do disposto na Cláusula Segunda, I, b, deste convênio, o interveniente remeterá juntamente com o laudo pericial ou estudo:

a) planilha detalhada acerca dos gastos com transporte, diárias, equipamentos e do próprio serviço prestado, segundo tabela compatível com valores de mercado e com as finalidades do órgão; b) informações precisas sobre o setor ou órgão que receberá o ressarcimento, com indicação do no. da conta bancária específica, de forma a propiciar o eventual pagamento diretamente entre, de um lado, o investigado ou causador do dano e, de outro lado, o órgão interveniente ou o Estado de MG, sem qualquer recebimento pelo Promotor de Justiça, que apenas procederá conforme disposto na Cláusula Segunda, inciso I, b, acima mencionada.

CLÁUSULA QUARTA – DA VIGÊNCIA

O presente convênio terá vigência pelo prazo de 02 (dois) anos, a partir da assinatura, podendo ser prorrogado e/ou denunciado, por escrito, por qualquer dos partícipes, com antecedência mínima de 30(trinta) dia, respeitados os compromissos até então estabelecidos.

CLÁUSULA QUINTA – DA PUBLICAÇÃO

Ao MP competirá a publicação do extrato deste convênio até o 20º dia do mês subsequente a presente data .

CLÁUSULA SEXTA – DOS CASOS OMISSOS

Os casos omissos oriundos da execução do presente convênio serão resolvidos pelos partícipes, através de termo aditivo.

CLÁUSULA SÉTIMA - DA INCLUSÃO DE ENTIDADES

As entidades vinculadas à SECT não incluídas no presente convênio poderão aderir ao mesmo, mediante termo aditivo.

CLÁUSULA OITAVA - ELEIÇÃO DE FORO

Os partícipes elegem o foro da comarca de Belo Horizonte como competente para dirimir qualquer controvérsia oriunda do presente convênio, renunciando a qualquer outro.

CLÁUSULA NONA – DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

As despesas diretas e indiretas da SEMAD, SECT e órgãos intervenientes oriundas da execução deste convênio correrão por conta das dotações orçamentárias específicas .

E, por estarem assim ajustados , firmam o presente Termo de Convênio, em 07(sete) vias de igual teor e forma, juntamente com as testemunhas abaixo.

Belo Horizonte, 07 de março de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Ministério Público do Estado de MG

Paulino Cícero de Vasconcellos

Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável -

SEMAD

Antônio Salustiano Machado

Secretário de Estado de Ciência e Tecnologia - SECT

Ivon Borges Martins

Presidente da Fundação Estadual do Meio Ambiente - FEAM

José Luciano Pereira

Diretor-Geral do Instituto Estadual de Florestas - IEF

Willer Hudson Pós

Diretor-Geral do Instituto Mineiro de Gestão das Águas - IGAM

Profa. Magdala Alencar Teixeira

Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais CETEC

Testemunhas :

1. _____

2. _____

O CAOÉ informa que enviará correspondência explicativa acerca do convênio acima.

Belo Horizonte, 28 de março de 2001

Carlos André Mariani Bittencourt

Promotor de Justiça

Diretor do CAOÉ

Publicado no Minas Gerais de 31.03.2001

CONVÊNIO PGJ MMA, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2001

“Convênio para implementação do Projeto de Estruturação do Ministério Público de Minas para atender à questão ambiental na Bacia do Rio São Francisco.”

Convênio nº 43/2001, celebrado entre a União, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente, e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Objeto: implementação do Projeto de Estruturação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para atendimento da questão ambiental na Bacia do Rio São Francisco no Estado de Minas Gerais, no exercício de 2001.

Vigência: a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União até 28 de fevereiro de 2002.

Belo Horizonte, 19 de novembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 28.11.2001

CONVÊNIO PGJ CAD, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2001

“Convênio para a realização de cursos de pós-graduação lato sensu na área do direito.”

Convênio nº 45/2001, celebrado entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça, e o Centro de Atualização em Direito- CAD. Objeto: cooperação entre os partícipes de forma a promover a qualificação de servidores da Procuradoria-Geral de Justiça e membros do Ministério Público, mediante a realização de cursos de pós-graduação lato sensu, a nível de especialização na área do direito, promovidos pelo CAD, através de desconto de 10% sobre o valor total de cada curso. Vigência: 12 meses, a partir de 01/12/2001.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 04.12.2001

ENUNCIADOS DE SÚMULAS

ENUNCIADO DE SÚMULA CSMP Nº 18, DE 16 DE ABRIL DE 2001 (republicação)

Curso de aprimoramento funcional

A frequência a curso de aprimoramento funcional para o exercício de atribuições na segunda instância, previsto no artigo 179, da Lei Complementar nº 34/94, somente será exigível para fins de promoção por merecimento.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Súmula aprovada na 5ª sessão ordinária do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, exercício 2001.

Publicado no Minas Gerais de 18.04.2001
Republicado no Minas Gerais de 04.09.2001

ENUNCIADO DE SÚMULA CSMP Nº 19, DE 08 DE JUNHO DE 2001 (republicação)

Inquérito Civil - arquivamento

Convertido o julgamento em diligência, após o cumprimento da mesma, reabre-se ao Promotor de Justiça que tinha promovido o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação a oportunidade de reapreciar o caso, podendo manter sua posição favorável ao arquivamento ou propor a ação civil pública, como lhe pareça mais adequado. No último caso, deve-se comunicar o ajuizamento da ação ao Conselho Superior.

Republicada face alteração do texto, aprovada por unanimidade, na 11ª Sessão Ordinária do Conselho Superior do Ministério Público, realizada em 25/06/01.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Súmula aprovada na 9ª sessão ordinária do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, exercício 2001.

Publicado no Minas Gerais de 12.06.2001

Republicado Minas Gerais de 04.09.2001

**ENUNCIADO DE SÚMULA CSMP Nº 20,
DE 27 DE AGOSTO DE 2001**

Promotor de Justiça -- remoção e promoção.

Para efeito de promoção ou remoção por merecimento, entender-se-á como a primeira quinta parte da lista de antigüidade aquele 1/5 (um quinto) dos cargos efetivamente providos.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Enunciado da Súmula nº 20 aprovado na 13ª sessão ordinária do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, exercício de 2001.

Publicado no Minas Gerais de 04.09.2001

**ENUNCIADOS APROVADOS EM SESSÕES DO EGRÉGIO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DE MINAS GERAIS**

Republicadas face alteração na nomenclatura, conforme deliberação na 13ª Sessão Ordinária do Egrégio Conselho Superior; exercício 2001.

ENUNCIADO Nº 1: O Compromisso de Ajustamento de conduta, firmado entre o Ministério Público e o agente infrator, põe termo ou suspende o

Inquérito Civil. Dá-se o primeiro caso quando, eficazmente, o acordo se cumpre de imediato, sendo desnecessário tempo para o seu adimplemento. Na segunda hipótese, deve-se aguardar o prazo nele estipulado para o pleno cumprimento das cláusulas pactuadas, quando então, mediante perícia de constatação, verificar-se-á a implementação e a eficácia ou não das medidas reparatórias. Se restarem cumpridas e eficazes, arquiva-se o inquérito, remetendo-o, após relatório, ao Conselho Superior do Ministério Público. Se não, promovem-se as medidas necessárias. (novo acordo ou ação civil pública).

ENUNCIADO Nº 2: A suspensão do Inquérito Civil de que trata o enunciado nº 1, é ato do Promotor de Justiça que o preside, não dependendo de apreciação do Conselho Superior do Ministério Público. Cumpre, entretanto, ao órgão promovente da suspensão informar, mediante ofício à Procuradoria-Geral de Justiça, o prazo da mesma.

ENUNCIADO Nº 3: O arquivamento do procedimento de averiguação oficiosa de paternidade, instituído pela Lei nº 8.560/92, não está sujeito à revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público. Sendo o referido expediente, na forma da Lei, originário do juízo, ainda que complementado pelo Promotor de Justiça, deve ser restituído ao órgão de origem no caso de não ser intentada a investigatória de paternidade pelo Parquet.

ENUNCIADO Nº 4: A regularização documental de pessoa, física ou jurídica, que exerce atividade que exige registro ou licença junto aos órgãos públicos competentes não é atribuição do Ministério Público, de vez que configura atividade de polícia administrativa, afeta aos respectivos órgãos.

ENUNCIADO Nº 5: O acordo firmado entre o agente infrator e os órgãos de fiscalização não impossibilita e nem substitui o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Este tem força executiva (art. 5º, SS 6º da Lei 7.347/85 e 585, II, do CPC), o que torna mais seguro o escopo da atuação ministerial.

ENUNCIADO Nº 6: Havendo conexão ou continência entre fatos diversos, convém sejam objeto de um único procedimento investigatório.

ENUNCIADO Nº 7: O compromisso de Ajustamento de Conduta, firmado entre o Ministério Público e o infrator dos direitos difusos e coletivos, além de prever a plena reparação de todos os danos constatados, deve exigir indenização por vantagens indevidas eventualmente auferidas pelo infrator com

o produto do ilícito, tais como apropriação de material lenhoso no desmatamento ou de qualquer matéria-prima ilegalmente extraída.

ENUNCIADO Nº 8: Regenerada naturalmente a área degradada, compete ao órgão do Ministério Público a propositura de ação civil pública, ou firmar ajustamento de conduta, com o objetivo indenizatório, coibindo-se o enriquecimento ilícito.

ENUNCIADO Nº 9: Somente os arquivamentos de peças de informação, documentos, expedientes, inquéritos civis e procedimentos administrativos, preliminares ou não, relativos a direitos difusos e coletivos, ou a interesses individuais homogêneos, devem ser previamente submetidos à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, por força das disposições contidas na Resolução nº 12/90 bem como na Lei Federal nº 7.347/85.

ENUNCIADO Nº 10: Os atos de improbidade praticados na vigência da Lei nº 8.429/92, embora não causadores de efetivo dano ao erário público, devem ser objeto de ação própria, para a responsabilização do seu gestor, com o fim de aplicação das sanções previstas no mencionado diploma legal.

ENUNCIADO Nº 11: É admissível a inscrição de Promotor de Justiça em estágio probatório, para fins de promoção ou remoção, observados os critérios legais de preferência.

ENUNCIADO Nº 12: O requisito do interstício na comarca ou cargo não será exigível para fins de promoção ou remoção do Promotor de Justiça, nos casos de candidato único, ou para fins de complementação de lista tríplice, observados os critérios legais de preferência.

ENUNCIADO Nº 13: Ao propor o arquivamento de Inquérito Civil ou das peças de informação, o Promotor de Justiça deverá dar ciência de sua decisão à parte interessada, antes da remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público.

ENUNCIADO Nº 14: Não se aplica à remoção por permuta a exigência prevista no artigo 192, da L.C. nº 34/94, no sentido de ser deferida a membro do Ministério Público somente após um ano de exercício na Promotoria de Justiça.

ENUNCIADO Nº 15: Na elaboração de compromisso de ajustamento de conduta, firmado perante o Ministério Público, deve haver expressa previsão de cláusula relativa à aplicação de pena pecuniária diária, em caso de descumprimento dos termos e prazos acertados.

ENUNCIADO Nº 16: O procedimento administrativo e as peças de investigação preliminar instaurados pelo órgão de execução do Ministério Público, no exercício da atribuição de atendimento ao público (arts. 32, II, da Lei 8.625/93, e 74, II, da Lei Complementar nº 34/94), não se submetem a arquivamento homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos casos relativos a verificação de eventual lesão a interesse individual cujo titular seja identificável e o objeto divisível. Explicitação do enunciado nº 9 do CSMP, aprovada em 11.12.97 e publicada no órgão oficial em 07.02.98.

ENUNCIADO Nº 17: O Compromisso de Ajustamento de Conduta, firmado entre o Ministério Público e o agente infrator, deve sempre ser precedido de Procedimento Administrativo ou Inquérito Civil Público, agindo ulteriormente o Curador, nos termos dos enunciados nºs. 01 e 02 do Conselho Superior do Ministério Público.

ENUNCIADO Nº 18: A frequência a curso de aprimoramento funcional para o exercício de atribuições na segunda instância, previsto no artigo 179, da Lei Complementar nº 34/94, somente será exigível para fins de promoção por merecimento.

ENUNCIADO Nº 19: Convertido o julgamento em diligência, após o cumprimento da mesma, reabre-se ao Promotor de Justiça que tinha promovido o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação a oportunidade de reapreciar o caso, podendo manter sua posição favorável ao arquivamento ou propor a ação civil pública, como lhe pareça mais adequado. No último caso, deve-se comunicar o ajuizamento da ação ao Conselho Superior.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 2001.
SECRETARIA DO CONSELHO SUPERIOR

Publicado no Minas Gerais de 04.09.2001

RECOMENDAÇÕES

RECOMENDAÇÃO CGMP Nº 3, DE 22 DE JUNHO DE 2001

“Dispõe sobre os Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente.”

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, em especial o disposto no art. 17, inciso IV, da Lei Complementar Federal nº 8.625/93, e Art. 39, inciso VII, da Lei 34/94, bem como,

Considerando a importância do regular funcionamento dos Conselhos de Direitos da Criança e do adolescente, cabendo-lhes traçar políticas de atendimento na área infanto-juvenil, adequadas à realidade de cada município;

Considerando a necessidade de contínua fiscalização de tais Conselhos, cobrando-se dos mesmos a efetiva formulação dessas políticas de atendimento, com a eleição de prioridades a serem enfrentadas e a elaboração de projetos destinados à concretização das medidas preventivas, protetivas e sócio-educativas capazes de permitir aos Conselhos Tutelares e à Justiça da Infância e Juventude a solução adequada aos casos que demandem sua intervenção;

Considerando que aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente compete gerenciar e fiscalizar os recursos destinados às políticas de atendimento por eles estabelecidas;

Considerando, por fim, incumbir ao Ministério Público velar pela criação e adequado funcionamento dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em observância, sobretudo, ao mandamento constitucional de efetiva participação popular na formulação da política de atendimento à infância e juventude – v. art. 227, § 7º, c/c art. 204, II, da CF -, que tem na municipalização uma de suas diretrizes – art. 88, I, da Lei nº 8.069/90 -, recomenda:

1-) a permanente participação dos Promotores de Justiça da Infância e Juventude nas reuniões – ordinárias e extraordinárias – dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios que integram a Comarca;

2-) a contínua fiscalização dos trabalhos de tais conselhos, cobrando-

se a efetiva formulação de políticas de atendimento à criança e ao adolescente, com o estabelecimento do rol de prioridades a serem enfrentadas no âmbito municipal e a elaboração de projetos que viabilizem a adoção de medidas de prevenção, proteção especial e sócio-educativas, nos moldes previstos nos artigos 101, 129 e 112 (notadamente em seus incisos III e IV), da Lei nº 8.069/90;

3-) a manutenção, em arquivo próprio da Promotoria, de cópias de todas as atas de reuniões dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios que integram a Comarca - a consignarem a presença e participação do “parquet” -, bem como de documentos outros relacionados ao seu funcionamento, para fins de controle e acompanhamento, cujo acervo passará a integrar o rol de dados aferíveis por ocasião da realização de correções ordinárias.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2001
MÁRCIO HELI DE ANDRADE
Corregedor-Geral do Ministério Público

Publicada no Minas Gerais de 23.06.2001

RECOMENDAÇÃO CGMP Nº 4, DE 20 DE AGOSTO DE 2001
(Republicação)

“Dispõe sobre a fiscalização de Reserva Legal.”

Considerando o disposto no art. 38 da LC 34/94;

Considerando as disposições constitucionais e legais cogentes acerca da fiscalização do meio ambiente pelo Ministério Público;

Considerando as disposições contidas nos artigos 67, inciso VIII, 74, incisos XXII e XXIV e art. 106, inciso VI, letra “b” e inciso VIII, todos da LC nº 34/94;

Considerando ainda, os termos do Provimento nº 50/2000, expedido pela Corregedoria Geral de Justiça, datado de 07/11/2000 e os termos do ofício-

circular nº 066/2001, publicado pelo mesmo órgão, no "Minas Gerais", pág. 3, caderno II, em 31/08/2001.

Recomendamos a todos os Promotores de Justiça com atribuições na área de meio ambiente e de registros públicos que fiscalizem os atos registraes concernentes a averbação da área de reserva legal a serem efetivados perante os cartórios de registro de imóveis, para tanto, inspecionando os livros pertinentes e apontando outras providências capazes de tornarem efetivas as normas insertas no art. 16 da lei nº 4.771/65; bem como, na Lei nº 10.267/2001 (em anexo).

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2001

MÁRCIO HELI DE ANDRADE

Corregedor-Geral do Ministério Público

Corregedoria Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 11.09.2001

Republicada no Minas Gerais de 05.10.2001

REGIMENTOS INTERNOS

REGIMENTO INTERNO CSMP, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2001

“Alteração do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público, que fixa novo sistema de aferição do merecimento.”

Por se tratar de matéria de interesse institucional, o CSMP publica a alteração do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público, que fixa novo sistema de aferição do merecimento, aprovada, por unanimidade, na sessão realizada em 26 de novembro de 2001.

Justificativa: A eficiente e justa aferição do merecimento constitui preocupação do Conselho Superior há vários anos. No mandato atual, a matéria foi remetida à Comissão de Regimento Interno, que desenvolveu estudos para regulamentar o procedimento, visando à redução do grau de subjetividade das escolhas. Não é preciso dizer que o sistema atual, além de injusto, está totalmente desacreditado no âmbito do Ministério Público. As críticas são inúmeras: a) o merecimento é indevidamente politizado, gerando favorecimentos em razão de amizade ou inimizade, afinidade ou rivalidade política; b) não existe mecanismo efetivo e confiável de coleta de informações sobre os candidatos que disputam um concurso de promoção ou remoção; c) não existem critérios claros, objetivos e preestabelecidos para a avaliação do mérito dos candidatos. Daí a necessidade de mudança, porque, além de esse critério ter previsão constitucional, constitui o mais forte - talvez o único - estímulo da Instituição ao bom desempenho e à carreira do Promotor de Justiça, com reflexos diretos sobre sua atuação em favor da sociedade. Durante os trabalhos, a Comissão analisou a “Proposta de revalorização do critério de merecimento nos concursos de promoção e remoção no Ministério Público”, elaborada por vários membros do Ministério Público paulista, coordenados pelo Dr. Renato Nascimento Fabbrini, publicada pela Associação Paulista do Ministério Público, 2000, a qual propõe a adoção de um sistema de pontuação a ser obrigatoriamente considerado pelo Conselho Superior. Esse sistema, embora não elimine certa margem de discricionariedade no exame dos dados referentes àqueles que disputam os concursos, tem por finalidade declarada garantir maior grau de objetividade na avaliação do merecimento. A Comissão adaptou, então, o referido sistema à nossa realidade, levando em conta os requisitos para a promoção/remoção previstos no art. 177 da Lei

Complementar nº 34/94. Foram definidos alguns itens de pontuação, em relação aos quais, com base em critérios objetivos, cada candidato será avaliado, recebendo maior ou menor número de pontos dependendo do desempenho apresentado em cada um deles. Foi elaborada, inicialmente, uma minuta da Proposta de Alteração do Regimento Interno, que foi publicada no Minas Gerais e disponibilizada na página da Internet da Procuradoria-Geral de Justiça, para conhecimento dos membros da Instituição. A Comissão expediu, em 31/08/01, um Aviso fixando o prazo de 20 (vinte) dias aos Procuradores e Promotores de Justiça para o encaminhamento de sugestões, as quais, após devidamente analisadas, serviram de valioso subsídio ao texto final da Proposta. Belo Horizonte, 13 de novembro de 2001 - Antônio Sérgio Rocha de Paula - Elaine Martins Parise - José Fernando Marreiros Sarabando - Procuradores de Justiça - Comissão de Regimento Interno do CSMP.

Após ampla discussão, a proposta inicial foi aprovada, por unanimidade, com modificações. O texto final tem a seguinte redação:

Art. 1º O art. 24 do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 24. Antes da sessão para formação das listas, o Conselho Superior do Ministério Público realizará reunião preliminar para avaliação dos assentamentos funcionais dos candidatos inscritos e do seu curriculum funcional.

§ 1º O merecimento será aferido segundo critérios que levarão em conta aspectos relacionados com a atuação funcional, a participação institucional e o aperfeiçoamento da formação jurídica e profissional.

§ 2º Os critérios de aferição do merecimento subdividem-se nos itens constantes da Planilha de Avaliação do Merecimento anexa, que adota sistema de pontuação a ser obrigatoriamente considerado pelo Conselho Superior.

§ 3º Cada inscrito no concurso de promoção ou remoção receberá uma nota final, que corresponderá ao somatório das notas dadas a cada item da Planilha, após mensurados os elementos contidos nos assentamentos funcionais, até a data de abertura do Edital.

§ 4º A nota de cada item da Planilha será obtida pela média aritmética das notas dadas pelos Conselheiros na reunião preliminar.

§ 5º A nota final poderá ser aproveitada para outro concurso, a critério do Conselho Superior, desde que não haja alterações nas condições especificadas na Planilha de Avaliação do Merecimento, devendo o candidato informar esse fato no ato de inscrição.

§ 6º Além das informações obrigatórias constantes dos assentamentos

funcionais (art. 39, SS 1º, da LC 34/94), caberá aos candidatos encaminhar à Corregedoria-Geral outras que julguem relevantes para aferição do merecimento, segundo os critérios adotados pela Planilha de Avaliação do Merecimento.

§ 7º A Corregedoria-Geral organizará banco de dados de cada Promotoria com informações detalhadas sobre o número de feitos, a área de atribuição, as eventuais substituições e acúmulo de funções de outro cargo, a população dos municípios que integram a comarca, os níveis de pobreza e problemas sociais, a estrutura e as condições de trabalho.

§ 8º O Conselho Superior poderá solicitar ao Corregedor-Geral do Ministério Público informações sobre a conduta e atuação funcional do membro da instituição, determinando a realização de visitas de inspeção para verificação de eventuais irregularidades no serviço.

Art. 2º O Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público fica acrescido da Planilha de Avaliação do Merecimento anexa.

Art. 3º Dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da presente alteração da norma regimental, deverão os Promotores de Justiça atualizar seus assentamentos funcionais na Corregedoria-Geral com base nos elementos especificados na Planilha de Avaliação do Merecimento.

Art. 4º Esta norma regimental entra em vigor em 1º de março de 2002.

ANEXO - Planilha de Avaliação do Merecimento

I) Dados iniciais

- a) número de feitos:
- b) área de atuação, tempo de exercício, substituições e cooperações:
- c) estrutura e condições de trabalho:
- d) população da comarca e número de municípios que a integram:
- e) níveis de pobreza e problemas sociais:

Obs. Esses dados serão preenchidos de acordo com o banco de dados da Corregedoria-Geral, que poderá solicitar informações complementares aos candidatos.

II - Atuação funcional: _____ / 7,0 pontos

1) Esforço, eficiência, produtividade, pontualidade e organização:
_____ / 1,75 ponto

- dedicação no exercício do cargo:
- eficiência, produtividade e operosidade no desempenho das funções:
- esforço e independência no exercício funcional:

- presteza, assiduidade, pontualidade e segurança no cumprimento das obrigações funcionais:

- conceito funcional resultante de inspeção permanente, correições e informações idôneas:

- referências em razão da atuação funcional:

- participação em grupos de trabalho de atuação integrada:

- participação em reuniões e atividades de Promotoria:

- interesse pela organização da estrutura da Promotoria e uso eficiente dos recursos administrativos:

- exercício de função de direção ou coordenação das Promotorias de

Justiça:

Critério para o lançamento das notas: A eficiência, a produtividade e a operosidade serão avaliadas tendo em vista o grau de dificuldade da Promotoria (número de feitos em andamento na comarca; número de manifestações processuais no último ano, indicado no Relatório Anual ou apurado nas Correições realizadas; substituições e cooperações exercidas; população do município; níveis de pobreza; problemas sociais; estrutura e condições de trabalho, aqui compreendidos, por exemplo, o número de estagiários e funcionários à disposição, a qualidade das instalações físicas e a quantidade de material de apoio disponível). A dedicação e o esforço do Promotor no exercício funcional serão avaliados em virtude do trabalho por ele desenvolvido na Promotoria desde a entrada em exercício, com destaque para as medidas adotadas para a regularização dos serviços, caso constatado atraso. A presteza diz respeito à observância de tempo razoável para a prática de ato funcional ou solução de problema surgido, isso quando não haja para tanto prazo legalmente previsto. A pontualidade e a assiduidade são fatores que se relacionam à observância dos prazos legais e horários. A segurança no cumprimento das obrigações funcionais será considerada em razão do número de feitos, da complexidade e urgência das questões e das condições gerais de trabalho. Esses dados serão obtidos através da análise dos relatórios de correições, das informações de inspeções permanentes e de outras informações eventualmente encaminhadas pelo membro do Ministério Público.

2) Qualidade técnica e iniciativa: _____/1,75 ponto

- poder de iniciativa, criatividade e bom senso:

- qualidade técnica e jurídica dos trabalhos;
- participação em audiências e na produção das provas;
- capacidade de trabalho em equipe;

Critério para o lançamento das notas: O poder de iniciativa, a criatividade e o bom senso serão avaliados considerando-se a atividade de requerente do Ministério Público: o ajuizamento de ações; a interposição de recursos; o requerimento de diligências; o acompanhamento dos processos e a participação efetiva nas audiências e na produção das provas. Será levada em conta também a atuação extrajudicial do membro do Ministério Público. A qualidade técnica e jurídica dos trabalhos será avaliada pela referência dos Procuradores de Justiça em sua inspeção permanente, pelos elogios insertos em julgados dos Tribunais, pelas observações feitas em correições e por outros meios adequados. A critério do candidato, poderão ser encaminhadas também cópias de 10 (dez) peças jurídicas relativas aos dois anos anteriores à data de abertura do Edital. A capacidade de trabalho em equipe será avaliada considerando-se os esforços do candidato para a atuação conjunta e integrada na área dos direitos difusos e coletivos, cível (uniformização de entendimentos) e criminal.

3) Comprometimento com a solução dos problemas sociais _____/

1,5 ponto

- atuação funcional comprometida com a solução dos problemas sociais;
- atuação integrada com organismos e entidades sociais;
- atendimento à população;

Critério para o lançamento das notas: Neste item serão consideradas todas as providências adotadas para solução dos problemas de interesse da coletividade, tais como o atendimento à população, a atuação integrada com organismos e entidades sociais e as medidas adotadas para tramitação mais célere dos processos.

4) Atuação em Promotoria de Justiça que apresente dificuldade ao exercício das atribuições _____/1,5 ponto

Critério para o lançamento da nota: Caberá ao Conselho Superior elaborar, com base em informações da Corregedoria-Geral e da Procuradoria-Geral de Justiça, a relação das Promotorias que apresentem dificuldades especiais ao exercício das atribuições. Essas dificuldades poderão estar relacionadas com a localização da comarca, a dificuldade de acesso à mesma, a carga excessiva de

trabalho, o tempo em que permaneceu desprovida, a falta de condições mínimas de trabalho, os níveis de pobreza e determinados problemas sociais específicos.

5) Conduta profissional e privada: _____/ 0,5 ponto

- urbanidade no tratamento dispensado aos cidadãos, juizes, advogados, partes, funcionários e colegas:

- conduta na vida pública e particular:

- conceito de que goza na comarca e no meio social:

III) Participação institucional: _____/1,75 ponto

1) Contribuição para o aprimoramento institucional _____/1,0 ponto

- publicação de artigos, trabalhos, livros e teses de relevância institucional:

- premiação em concursos de interesse institucional:

- participação em comissões de estudo e grupos de trabalho, desde que em áreas de relevância institucional:

- contribuições para o aprimoramento da legislação, da organização e da administração do Ministério Público:

- participação como conferencista, palestrante, autor de tese ou assistente em cursos, seminários e congressos de interesse institucional:

- colaboração ou palestras em cursos de adaptação, reciclagem ou atualização de membros do Ministério Público:

Critério para o lançamento da nota: Independentemente do número de trabalhos, a pontuação máxima está limitada a 1,0 ponto. O candidato não poderá usar um mesmo crédito decorrente desses critérios mais de uma vez, ou seja, em mais de uma promoção ou remoção, caso o candidato tiver sido promovido ou removido no concurso anterior, a não ser que, pela relevância do trabalho, este venha a ser reeditado ou desperte grande interesse no meio jurídico através de outras edições.

2) Frequência a eventos de interesse institucional _____/0,5 ponto

- frequência a reuniões e grupos de estudo:

- frequência a congressos do Ministério Público:

- frequência a congressos de interesse institucional:

3) Exercício de cargo ou função de relevância institucional _____/
0,25 ponto

- exercício de coordenação de grupos de estudo:

- exercício de cargo eletivo em entidade de classe;
- exercício de cargo ou função na estrutura organizacional do Ministério Público (exemplos: cargos de assessoria nos órgãos da Administração Superior ou em Centros de Apoio Operacional):

IV - Aperfeiçoamento da formação jurídica e profissional: _____/
1,25 ponto

- doutorado stricto sensu reconhecido pelo MEC (1,25 ponto)
- mestrado stricto sensu reconhecido pelo MEC (0,75 ponto)
- conclusão de curso de especialização (pós-graduação lato sensu) reconhecido pelo MEC (0,5 ponto)
- conclusão de cursos de atualização na Escola Superior do Ministério Público com carga horária total de pelo menos sessenta horas (0,25 ponto)
- publicação de contribuição jurídico-científica em forma de livro ou artigo em revista nacional ou internacional (artigo: máximo até 0,25 ponto; livro: máximo até 0,5 ponto)

Critério para o lançamento da nota: Independentemente do número de títulos, a pontuação máxima está limitada a 1,25 ponto. O candidato não poderá usar um mesmo crédito decorrente desses critérios mais de uma vez, ou seja, em mais de uma promoção ou remoção, caso o candidato tiver sido promovido ou removido no concurso anterior.

TOTAL: _____/10 pontos

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 29.11.2001

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO CEAJ Nº 1, DE 06 DE JULHO DE 2001

“Dispõe sobre a suspensão temporária das nomeações de estagiários do Ministério Público.”

Publicada no Minas Gerais de 10.07.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 1, DE 17 DE JANEIRO DE 2001

“Cria o Núcleo de Estudos Jurídicos “Promotor de Justiça Raymundo Pereira Guedes”, na Comarca de Juiz de Fora.”

Publicada no Minas Gerais de 18.01.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 2, DE 16 DE JANEIRO DE 2001

“Autoriza a instalação das Secretarias das Promotorias de Justiça da Comarca de Juiz de Fora.”

Publicada no Minas Gerais de 23.01.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 4, DE 01 DE MARÇO DE 2001

Cria o Grupo Especializado na Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos e define a sua estrutura e âmbito de atuação.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, com fundamento nos arts. 18, LV, e 71, p.u., da Lei Complementar nº 34, de 12/9/94;

Considerando a decisão unânime proferida pelas Procuradorias de Justiça Cíveis, na Sessão Conjunta realizada em 21/2/2001, que autorizou o

Procurador-Geral de Justiça a criar órgão especializado para atuação, como parte, nos recursos interpostos em ações civis públicas;

Considerando a necessidade de acompanhar essa atuação nos tribunais estaduais e superiores;

Considerando que nas referidas ações não há intervenção de outro órgão ministerial como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85, art. 92 do Código de Defesa do Consumidor - CDC -, art. 17, § 4º, da Lei 8.429/92), o que impõe a intervenção do Procurador de Justiça, órgão de execução do Ministério Público perante os tribunais (art. 31 da Lei 8.625/93 e art. 72, II, da LC 34/94), também na qualidade de parte; Resolve:

Art. 1º Criar o Grupo Especializado na Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos como órgão das Procuradorias de Justiça Cíveis, com atribuição exclusiva nos recursos interpostos em ações civis públicas.

Art. 2º Compete ao Grupo:

I- officiar, como parte, nos recursos interpostos em ações civis públicas;

II- participar das sessões dos Tribunais, sustentando oralmente a posição do Ministério Público, se necessário, no julgamento dos processos em que oficiou, tomando ciência, pessoalmente e mediante vista dos autos respectivos, das decisões proferidas;

III- interpor, quando for o caso, recursos aos Tribunais locais ou Superiores e acompanhar a tramitação.

Art. 3º O Grupo será integrado por Procuradores de Justiça escolhidos pelos integrantes das Procuradorias de Justiça Cível.

§ 1º Os membros do Ministério Público que compõem o Grupo ficam dispensados de suas atribuições normais.

§ 2º Estagiários do Ministério Público poderão atuar junto ao Grupo.

Art. 4º A Superintendência Judiciária distribuirá ao referido Grupo todos os recursos em ações civis públicas em que o Ministério Público figurar como parte.

Art. 5º A Diretoria-Geral do Ministério Público providenciará o suporte administrativo e material necessário à efetiva implementação do Grupo.

Art. 6º Este ato entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 1º de março de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

RESOLUÇÃO PGJ Nº 5, DE 06 DE MARÇO DE 2001

Fixa o valor da diária na forma disposta no art. 132 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1.994, e dá outras providências.

Publicada no Minas Gerais de 07.03.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 6, DE 13 DE MARÇO DE 2001

Modifica as atribuições do 9º cargo de Promotor de Justiça Auxiliar, da 1ª Promotoria de Justiça, com atuação junto ao Juízo da Fazenda Pública, de Entrância Especial.

Publicada no Minas Gerais de 14.03.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 7, DE 19 DE MARÇO DE 2001 (republicação)

Dispõe sobre a criação do Grupo Especial de Proteção à Área de Proteção Ambiental – Sul da Região Metropolitana de Belo Horizonte (APA-Sul RMBH)

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

Considerando ser função institucional do Ministério Público a proteção do meio ambiente, na forma do inciso III do artigo 129 da Constituição Federal;

Considerando que APA- Sul RMBH, criada pelo Governo do Estado através do Decreto nº 35.264 de junho de 1994, pela sua importância, é patrimônio estadual nos termos do parágrafo 4º do Artigo 225 da Constituição Federal;

Considerando que os mananciais de água pertencentes à APA-Sul RMBH respondem pelo abastecimento para cerca de 70% da população de Belo Horizonte, e são considerados de importância estratégica para o abastecimento

de 50% da RMBH;

Considerando que a APA-Sul RMBH possui uma das maiores extensões de cobertura vegetal contínua do Estado, depósitos de grande biodiversidade;

Considerando o papel de destaque que a APA-Sul RMBH ocupa entre as Unidades de Conservação de Uso Sustentável do Estado de Minas Gerais pelo seu extraordinário valor científico e econômico para as futuras gerações;

Considerando a degradação da APA-Sul RMBH e dos ecossistemas a ela associados, assim como a premente necessidade de preservação desta áreas e de sua riquíssima biodiversidade;

Considerando a necessidade de atuação integrada entre as comarcas de Belo Horizonte, Brumadinho, Barão de Cocais, Caeté, Ibitiré, Itabirito, Nova Lima e Santa Bárbara, para preservação da APA-Sul RMBH; Resolve:

Art. 1º Criar, junto ao seu gabinete e sob coordenação do Centro de Apoio Operacional Estadual, o Grupo Especial de Proteção a APA-Sul RMBH.

§ 1º O Grupo Especial é integrado por membros do Ministério Público com atribuições na defesa do meio ambiente, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, sem prejuízo do exercício de suas funções normais, assegurada a participação dos Promotores de Justiça titulares das comarcas de Belo Horizonte, Brumadinho, Barão de Cocais, Caeté, Ibitiré, Itabirito, Nova Lima e Santa Bárbara.

§ 2º A participação neste Grupo Especial não importará no recebimento de qualquer remuneração ou gratificação.

§ 3º Compete ao Grupo Especial, dentre outras atividades:

I - identificar as prioridades específicas das ações institucionais na tutela da APA-Sul RMBH, promovendo a efetiva mobilização dos órgãos de execução da região, objetivando atuação conjunta e uniforme;

II - compilar, sistematizar e analisar a legislação e a jurisprudência, para distribuição nas Promotorias de Justiça do Meio Ambiente;

III - acompanhar a elaboração da proposta técnica de zoneamento ecológico-econômico e do sistema de gestão da região da APA-Sul RMBH;

IV - elaborar roteiros de investigação, sem caráter vinculativo;

V - fornecer subsídios a atuação dos Promotores de Justiça do Meio Ambiente na região APA-Sul RMBH;

VI - sugerir a elaboração de convênios com entidades e instituições públicas ou privadas, visando a obtenção de subsídios técnicos aos órgãos de execução;

VII - promover encontros de especialização e atualização nas várias

áreas do conhecimento associadas a proteção APA-Sul RMBH

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 19 de Março de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 21.03.2001

Republicada no Minas Gerais de 22.03.2001, com alteração

RESOLUÇÃO PGJ Nº 10, DE 27 DE MARÇO DE 2001

Dispõe sobre a adoção do sistema de rodízio de Promotores de Justiça Eleitorais no Estado de Minas Gerais.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

Considerando que o Ministério Público Estadual exerce, por delegação do Ministério Público Federal, nos termos dos art. 78 e 79 da Lei Complementar nº 75/93, as funções eleitorais perante as diversas Zonas Eleitorais;

Considerando que, conforme restou decidido pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral-TRE, em sede do Mandado de Segurança nº 02/95, por acórdão confirmado pelo Tribunal Superior Eleitoral-TSE, a designação de Promotor Eleitoral constitui ato complexo, cabendo ao Procurador-Geral de Justiça a indicação e ao Procurador Regional Eleitoral a nomeação, podendo haver alternância na hipótese de aquiescência de ambos;

Considerando que o TSE editou a Res. nº 20.505/99, normatizando o rodízio entre os Juízes Eleitorais, medida esta que, efetivamente, foi adotada em Minas Gerais, por força da Resolução nº 590/2000, do TRE;

Considerando a decisão exarada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Regional Eleitoral Substituto, Dr. José Jairo Gomes, ao final do Procedimento Administrativo Eleitoral nº 1.22.000.000523/2001-22, datado de 10/03/2001, instaurado por provocação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, tendo por objeto “normatização da designação de Promotores de Justiça para o exercício de função eleitoral no Estado de Minas Gerais”, na qual aquiesce expressamente com o citado rodízio: resolve:

Art. 1º Fica instituído no Ministério Público do Estado de Minas Gerais o sistema de rodízio de Promotores de Justiça Eleitorais nas comarcas onde o número de Promotorias exceder o de Zonas Eleitorais.

Art. 2º A função eleitoral será exercida por Promotor de Justiça designado dentre os mais antigos na comarca pelo Procurador Regional Eleitoral, após indicação do Procurador-Geral de Justiça.

§ 1º A designação será feita pelo prazo de 2 (dois) anos no mês de maio para vigorar a partir de 1º de junho.

§ 2º O biênio será contado ininterruptamente a partir da entrada em exercício nas funções eleitorais, sem o desconto do tempo de qualquer afastamento, muito menos o decorrente de licença, férias ou licença especial.

§ 3º A possibilidade da obtenção de nova designação para o exercício das funções eleitorais na mesma comarca, estará restrita à hipótese de inexistência, na localidade, de Promotor de Justiça que ainda não as tenha exercido perante qualquer zona eleitoral.

§ 4º Nas comarcas em que o número de Promotores de Justiça que não estejam exercendo as funções eleitorais não for suficiente para a realização completa do rodízio, será mantido, para novo biênio, o Promotor Eleitoral com menos tempo de exercício nas funções eleitorais.

§ 5º Vagando o exercício da função eleitoral, antes de expirado o prazo a que se refere o § 1º, proceder-se-á na forma do caput, com a indicação de outro Promotor de Justiça pelo prazo de 2 (dois) anos.

§ 6º Não haverá substituição de Promotores Eleitorais no período compreendido entre 90 (noventa) dias antes e 60 (sessenta) dias após as eleições, prorrogando-se, automaticamente, a respectiva nomeação, caso finde o biênio dentro daquele período.

§ 7º Caso haja cargo de Promotor de Justiça vago na Comarca, que inviabilize a implementação do rodízio, será mantido nas funções eleitorais aquele que as estiver exercendo até o efetivo provimento, vindo a assumi-las o novo titular, desde que, na comarca de onde proveio, não era Promotor Eleitoral.

Art. 3º Os atuais Promotores Eleitorais exercerão a função até 30/05/01, salvo se nela estiverem há menos de dois anos, ocorrendo a vaga tão logo completem o biênio.

Art. 4º Caberão à Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça e à Secretaria da Procuradoria Regional Eleitoral o acompanhamento e controle do rodízio dos Promotores Eleitorais, bem como prestar informações às suas respectivas Chefias quando do término dos biênios, para fins de novas indicações

e designações.

Art. 5º A filiação a partido político impede o exercício de funções eleitorais por membro do Ministério Público, até dois anos do seu cancelamento.

Art. 6º Os casos omissos serão resolvidos em conjunto pela Procuradoria-Geral de Justiça e Procuradoria Regional Eleitoral.

Art. 7º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 27 de março de 2.001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 27.03.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 11, DE 19 DE ABRIL DE 2001

Dispõe sobre a constituição de Comissão destinada à avaliação da atual estrutura organizacional da Procuradoria-Geral de Justiça, desempenho e adaptabilidade dos servidores.

Publicada no Minas Gerais de 21.04.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 12, DE 19 DE ABRIL DE 2001

Estabelece normas para promoção de Cursos de Especialização às expensas da Procuradoria-Geral de Justiça.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o art. 18, inciso XVII, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994 e,

Considerando a necessidade de aprimoramento profissional dos servidores do Ministério Público, nas respectivas áreas de atuação;

Considerando a necessidade de difundir, dentre os demais servidores, os conhecimentos obtidos;

Considerando, finalmente, a necessidade de sistematizar o aperfeiçoamento profissional nos diversos setores, resolve:

Art. 1º Objetivando a especialização de servidores, com intuito de alcançar o aprimoramento funcional, face ao interesse público, poderá a Procuradoria custear cursos de aprimoramento e capacitação funcional.

Art. 2º O servidor se comprometerá a permanecer na Instituição por um período mínimo de 1 (um) ano, a contar do término do curso.

§ 1º Caso o servidor não permaneça em exercício no lapso temporal retrocitado, deverá proceder à restituição integral, à Procuradoria-Geral de Justiça, dos valores por ela despendidos.

Art. 3º Concluído o referido curso, o servidor assumirá o encargo de transmitir aos demais o conhecimento obtido, a fim de assegurar o desenvolvimento funcional do respectivo setor.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 21.04.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 13, DE 27 DE MARÇO DE 2001

Altera o Anexo I a que se refere o art. 2º da Resolução nº 005, de janeiro de 2000.

Publicada no Minas Gerais de 30.03.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 14, DE 28 DE MARÇO DE 2001

Fixa a lotação setorial dos cargos de provimento efetivo de Oficial do MP do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, por comarcas do interior.

Publicada no Minas Gerais de 29.03.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 15, DE 04 DE ABRIL DE 2001

Dispõe sobre a avaliação de desempenho no estágio probatório dos servidores do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 06.04.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 16, DE 04 DE ABRIL DE 2001

Delega poderes ao Diretor-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais para ordenação de despesa

Publicada no Minas Gerais de 07.04.2001

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 17, DE 24 DE ABRIL DE 2001
(republicação)**

Constitui Comissão Permanente de Licitação no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

Publicada no Minas Gerais de 24.04.2001

Republicada no Minas Gerais de 26.04.2001, com alteração no número da Resolução.

RESOLUÇÃO PGJ Nº 18, DE 19 DE ABRIL DE 2001

Constitui Comissão Interna de Economia de Energia no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

Publicada no Minas Gerais de 26.04.2001

RESOLUÇÃO CSMP Nº 19, DE 25 DE ABRIL DE 2001

Fixa critérios de movimentação na carreira de acordo com a nova classificação das comarcas prevista na Lei Complementar nº 59 de 18/01/01.

O Conselho Superior do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais:

Considerando a nova classificação dada às comarcas pela Lei de Organização e Divisão Judiciárias (Lei Complementar nº 59 de 18/01/01, que entrou em vigor em 19/02/01);

Considerando que, conforme restou decidido pelo Conselho Superior do Ministério Público, na Sessão realizada em 25 de abril do corrente ano, a referida classificação foi adotada, por semelhança, pela Lei Orgânica do Ministério Público Estadual (Lei Complementar nº 34/94), critério mantido no atual projeto de reforma da Lei Complementar, em tramitação na Assembléia Legislativa;

Considerando a existência de diversos precedentes administrativos nesse sentido (atos de movimentação na carreira das comarcas de Curvelo, Diamantina, Pará de Minas, Santa Luzia, Três Corações e Viçosa, todas elevadas de entrância, posteriormente à Lei Complementar nº 34/94);

Considerando a necessidade de movimentação na carreira dos membros do Ministério Público;

Considerando competir ao Conselho Superior do Ministério Público decidir sobre a movimentação na carreira (art. 33, II, III, IV e XXII, da Lei Complementar nº 34/94); resolve:

Art. 1º Os Promotores de Justiça classificados, em 19 de fevereiro de 2001, na entrância inicial e na entrância final serão, automática e respectivamente, classificados na primeira entrância e na segunda entrância, observada a ordem de antiguidade.

Art. 2º Os Promotores de Justiça classificados, em 19 de fevereiro de 2001, na entrância intermediária, conservarão essa classificação até que sejam promovidos para a segunda entrância.

Art. 3º Os Promotores de Justiça classificados na entrância intermediária, em 19 de fevereiro de 2001, terão, para a promoção à segunda entrância, preferência em relação aos Promotores de Justiça integrantes da primeira entrância e aos Promotores de Justiça Substitutos.

Art. 4º Fica assegurada, nos casos de vacância, nas comarcas com Promotores de Justiça de entrância especial, a remoção interna aos Promotores de Justiça titulares da comarca que possuam a mesma classificação da Promotoria de Justiça vaga.

§ 1º Não havendo candidato com a classificação exigida no "caput", dar-se-á a oportunidade àqueles Promotores de Justiça titulares de comarcas de

entrância especial, classificados na segunda entrância, para que possam concorrer à remoção interna para a referida vaga de entrância especial;

§ 2º Permanecendo a vacância, a Promotoria de Justiça será provida por remoção de titulares de outras comarcas ou promoção.

§ 3º Somente poderão concorrer à remoção de titulares de outras comarcas os Promotores integrantes da mesma entrância.

§ 4º Igual procedimento será adotado para as comarcas com Promotorias de Justiça de primeira entrância e de segunda entrância.

Art. 5º O Promotor de Justiça de entrância inicial, cuja Promotoria foi classificada na segunda entrância, somente poderá pleitear remoção de uma Promotoria para outra da mesma comarca ou mediante permuta com outro Promotor de Justiça que esteja na mesma situação.

Art. 6º O Promotor de Justiça classificado na entrância intermediária, extinta por força da Lei Complementar nº 59 de 18/01/01, cuja Promotoria foi classificada na segunda entrância, somente poderá pleitear remoção mediante permuta com outro Promotor de Justiça que se encontre na mesma situação.

Art. 7º Somente poderá pleitear remoção por permuta o Promotor de Justiça classificado, em 19 de fevereiro de 2001, na segunda entrância, cuja comarca tenha Promotoria de Justiça classificada na entrância especial, com outro Promotor de Justiça que se encontre na mesma situação.

Art. 8º Ao membro do Ministério Público que permanecer na comarca elevada de entrância é assegurado, se aprovada a sua promoção pelo Conselho Superior do Ministério Público, o direito de retornar àquela, por remoção, desde que o requeira antes de findo o prazo para assunção de exercício na Promotoria de Justiça da comarca para a qual foi indicado à promoção.

§ 1º A remoção, nesse caso, dar-se-á por ato do Procurador-Geral de Justiça, independentemente da expedição de edital.

§ 2º Nessas hipóteses, será mantido o critério de provimento da Promotoria de Justiça para a qual o membro do Ministério Público foi indicado à promoção.

Art. 9º A elevação ou rebaixamento da comarca não altera a situação funcional ou de vencimento do titular da Promotoria de Justiça correspondente.

Art. 10 Os casos omissos quanto à movimentação e classificação de membros do Ministério Público serão resolvidos pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Art. 11 Esta Resolução entra em vigor na data de sua aprovação.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

RESOLUÇÃO PGJ Nº 21, DE 11 DE MAIO DE 2001

Institui Comissão para avaliar requerimentos de servidores sobre título declaratório de apostilamento.

Publicada no Minas Gerais de 16.05.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 22, DE 22 DE MAIO DE 2001

Modifica as atribuições do 84º cargo de Promotor de Justiça Auxiliar, da 1ª Promotoria de Justiça, com atuação junto ao Juízo da Fazenda Pública, da comarca de Belo Horizonte, de Entrância Especial.

Publicada no Minas Gerais de 24.05.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 25, DE 29 DE MAIO DE 2001

Institui Comissão para os fins previstos no art. 78 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Publicada no Minas Gerais de 01.06.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 26, DE 29 DE MAIO DE 2001

Institui Comissão Permanente de Avaliação de Documentos de Arquivo do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 01.06.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 27, DE 21 DE JUNHO DE 2001

Cria, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Banco de Dados de Fundações, normatiza e padroniza a forma de prestação de contas anual das Fundações situadas em Minas

Gerais no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

Considerando que cabe ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais velar pelas fundações existentes em todo o território mineiro, nos termos do disposto no artigo 26 do Código Civil, atividade que compreende a fiscalização dos respectivos balanços contábeis e sua análise técnica;

Considerando que, após vários meses de tratativas preliminares, foi celebrado, em 13 de julho de 2000, entre a Procuradoria-Geral de Justiça e a FIPE-Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, um convênio de cooperação científica e tecnológica, que possibilitará, mediante a adoção dos programas de computação que integram o "Sistema de Cadastro e Prestação de Contas de Fundações", o fornecimento de subsídios técnicos indispensáveis ao desempenho das funções dos Promotores de Justiça a quem incumba velar por essas entidades;

Considerando, em consequência, a necessidade de centralização dos dados informativos relativos às fundações sediadas em Minas Gerais fiscalizadas pelo Ministério Público, providência imprescindível ao efetivo implemento do referido convênio;

Considerando a existência do Arquivo Geral de Fundações, integrante da estrutura da Promotoria Especializada de Fundações da capital, regulamentado pela Resolução nº 021/93;

Considerando, por fim, a necessidade de padronização das prestações de contas enviadas pelas Fundações ao Ministério Público, de molde a tornar mais eficaz e efetiva a fiscalização sobre as mesmas;

Resolve editar a seguinte Resolução:

Artigo 1º Fica criado no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Banco de Dados de Fundações, destinado a registrar e arquivar em meio eletrônico os dados relativos às fundações existentes no território mineiro.

Parágrafo único - O Banco de Dados de Fundações integrará a estrutura da Promotoria Especializada de Fundações da capital, cujo Coordenador será responsável por sua implantação e direção.

Artigo 2º As prestações de contas das Fundações de Minas Gerais ao Ministério Público serão feitas através do SICAP Sistema de Cadastro e Prestação de Contas.

Artigo 3º Dentro do período de 6 (seis) meses que antecederem o término do exercício financeiro das fundações, os Promotores de Justiça, da capital e do interior, a cujos cargos sejam atribuídas as funções judiciais e extrajudiciais do Ministério Público de velar por essas entidades, encaminharão,

àquelas que se encontram sob sua fiscalização, cópia, por meio de download, de programa de computação destinado à coleta de dados informativos, a fim de que estes sejam remetidos posteriormente à Promotoria de Justiça de Fundações da capital.

Parágrafo único. O programa de computação referido no caput será disponibilizado aos Promotores de Justiça do interior através do site da Promotoria Especializada de Fundações da capital.

Artigo 4º Os dados informativos enviados pelas fundações serão incontinenti remetidos pelos Promotores de Justiça do interior à Promotoria Especializada de Fundações, que providenciará seu registro no Banco de Dados de Fundações.

Artigo 5º A Promotoria Especializada de Fundações encaminhará ulteriormente aos Promotores de Justiça do interior, a cujos cargos sejam atribuídas as funções judiciais e extrajudiciais do Ministério Público de velar pelas fundações, relatórios técnicos obtidos da análise das informações prestadas por essas entidades.

Artigo 6º Caberão aos respectivos Promotores de Justiça do interior as providências judiciais e extrajudiciais que julgarem necessárias em face dos relatórios técnicos obtidos da análise dos dados referentes às entidades sob seu velamento.

Artigo 7º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação. Registre-se. Publique-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 23.06.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 29, DE 11 DE JUNHO DE 2001
(republicação)

Dispõe sobre aplicação de adesivo em veículo oficial da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 18, inciso LV, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Todo veículo automotor oficial, classificado como de "serviços gerais", integrante da frota oficial da Procuradoria-Geral de Justiça, deverá ter afixado, em sua parte traseira, o adesivo com a inscrição contida no Anexo desta Resolução.

Parágrafo Único. O adesivo a que se refere este artigo será fornecido pela Superintendência Administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça.

Art. 2º No veículo em que não for possível afixar o adesivo na parte traseira, o mesmo deverá ser afixado em outro local do automóvel, desde que visível ao público.

Art. 3º O prazo para atendimento do disposto nesta Resolução é de 90 (noventa) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 11 de junho de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

ANEXO

(a que se refere o art. 1º da Resolução nº 29, de 25 de junho de 2001)

COMO ESTOU DIRIGINDO?

TEL:(0xx)-31-3330-8100

Dimensões: comprimento = 30 cm

largura = 10 cm

letras e números em cor branca

Publicada no Minas Gerais de 26.06.2001

Republicada Minas Gerais de 27.06.01

RESOLUÇÃO PGJ Nº 30, DE 28 DE JUNHO DE 2001 (republicação)

Fixa critérios para designação de membros do Ministério Público, de entrância especial, para atuação perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte, sob a forma de

plantões, em finais de semana, feriados ou em decorrência de atividades urgentes.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, com fundamento no art. 18, incisos XLIV e LV da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º - As atribuições afetas ao Ministério Público perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte, nos plantões em finais de semana e em decorrência de outras medidas urgentes, serão exercidas, exclusivamente, pelos Promotores de Justiça titulares e substitutos em atividade junto àquele Juizado.

Parágrafo único - Para cumprimento do disposto neste artigo, o Coordenador da Promotoria de Justiça do Juizado Especial Criminal, mensalmente, comunicará a respectiva escala à Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, até o sétimo dia anterior ao plantão, para posterior publicação no órgão oficial.

Art. 2º - Os plantões dos feriados e dos finais de semana contíguos a estes, serão exercidos, exclusivamente, pelos Promotores Substitutos em atividade na Comarca de Belo Horizonte, excluídos aqueles em exercício perante o Juizado Especial Criminal, ficando a elaboração da respectiva escala a cargo da Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, que a fará publicar, mensalmente, até o quinto dia anterior ao plantão.

Parágrafo único - Os critérios para a designação referida no caput deste artigo serão o da alternância e o da ordem crescente de antigüidade, levando-se em conta o exercício na entrância especial.

Art. 3º - O direito à compensação dos dias em que o membro da Instituição integrou a escala será tratado na forma da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público e demais atos normativos em vigor.

Art. 4º - Esta Resolução entra em vigor no dia 01 de agosto de 2.001.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução 033/98.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 29.06.2001

Republicada no Minas Gerais de 15.08.2001, com modificação

RESOLUÇÃO PGJ Nº 31, DE 27 DE JUNHO DE 2001

Dispõe sobre a avaliação de desempenho dos servidores estáveis dos Quadros Permanente e Especial dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 29.06.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 32, DE JULHO DE 2001

“Estabelece novo modelo para a carteira de identidade funcional do estagiário do Ministério Público.”

O Procurador-Geral de Justiça, no exercício de suas atribuições, com fundamento no artigo 18, LV, da Lei Complementar nº 34/94, e no artigo 24, da Resolução PGJ nº 06/96, estabelece novo modelo para a carteira de identidade funcional de estagiário do Ministério Público.

Art.1º A carteira de identidade funcional de estagiário do Ministério Público, continuará a ser expedida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, nas forma do modelo constante do anexo desta Resolução. ressalvadas as solicitações protocoladas até 29/06/01.

Art.2º Ficam mantidas as normas disciplinares concernentes ao uso da carteira de identidade funcional de estagiário do Ministério Público, previstas na Resolução PGJ nº 35/96.

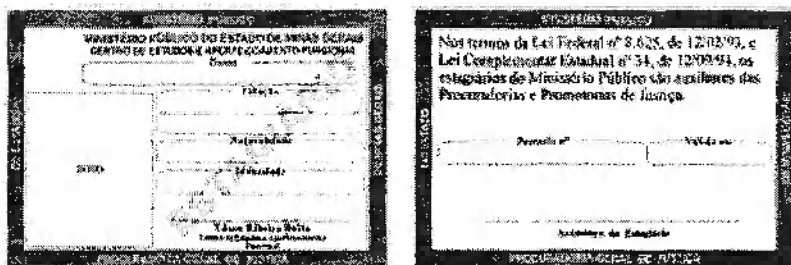
Art.3º As carteiras de identidade funcional de estagiário do Ministério Público anteriores a esta Resolução, continuam válidas.

Art.4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art.5º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, de julho de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

ANEXO



Publicada no Minas Gerais de 10.07.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 34, DE 13 DE AGOSTO DE 2001

Veda, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a contratação, nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, dos respectivos membros, ativos ou inativos, para cargos em comissão e funções de confiança que compõem os Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares, e dá outras providências.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o art. 18, incisos XI, XII e XVII, da Lei complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, é vedada a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau inclusive, dos respectivos membros, ativos ou inativos, para cargos em comissão e funções de confiança que compõem os Quadros de Serviços Auxiliares.

Art. 2º O disposto no artigo anterior não se aplica aos servidores efetivos, integrantes dos Quadros Permanente e Especial, caso em que a vedação é restrita a manter, sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil.

Parágrafo único. Considera-se chefia imediata, para os fins do disposto neste

artigo, a subordinação administrativa direta ao membro do Ministério Público.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 14.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ N º 35, DE 13 DE AGOSTO DE 2001

Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Dr. Nedens Ulisses Freire Vieira, no uso de atribuições que lhe confere o art. 18, inciso II, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994,

Considerando que, para implantação de Sistema Informatizado de Controle dos Bens Patrimoniais no âmbito do Ministério Público é necessário o uso de códigos numéricos e nomenclaturas específicos para cada Promotoria/Unidade Administrativa;

Considerando a necessidade de padronizar e racionalizar o uso de códigos numéricos e nomenclaturas em Sistemas Informatizados no Ministério Público;

Considerando a necessidade de se exercer efetivo controle patrimonial dos bens móveis permanentes pertencentes ao acervo desta Procuradoria-Geral de Justiça;

Considerando a necessidade de se formar nova consciência sobre o patrimônio público, especialmente no aspecto de sua preservação;

Considerando, ainda, a necessidade de melhor regulamentar os processos de aquisições, movimentações, alienações e outras formas de baixa dos referidos bens, resolve:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Fica criado na forma da tabela do Anexo desta Resolução, código numérico para cada Promotoria/Unidade Administrativa no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

§ 1º As Diretorias de Informática e de Planejamento Institucional deverão, em conjunto, proceder inclusão, exclusão ou alteração de códigos e nomenclaturas na tabela ora criada.

§ 2º A Diretoria de Informática deverá adequar os Sistemas Corporativos já existentes para uniformizar a utilização dos códigos criados.

Art. 2º São considerados bens móveis permanentes aqueles que motivem variações no ativo imobilizado e tenham duração superior a dois anos e que, com o uso, não perdem sua identidade física e quando de seu reparo ou manutenção mantêm suas características originais.

Art. 3º A aquisição de bens permanentes, além de implicar registro na Diretoria de Material e Patrimônio e contabilização pela Diretoria de Contabilidade, dar-se-á por:

- I - compra;
- II- doação;
- III- transferência entre órgãos estaduais;
- IV- cessão;
- V - permuta;
- VI - produção interna.

§ 1º A compra de bens permanentes far-se-á através de processo regular de Licitação, com a prévia emissão de empenho..

§2º A aquisição de bens por meio de doação à Procuradoria-Geral de Justiça será incorporada ao seu patrimônio através de Termo de Doação, devidamente formalizado através da Superintendência Administrativa.

§3º A produção interna deverá ser registrada na Diretoria de Material e Patrimônio através de guia própria, expedida pela Diretoria de Serviços Gerais e Transportes, contendo os elementos necessários ao custo da produção a ser contabilizado.

CAPÍTULO II DOS CONTROLES PATRIMONIAIS

Art. 4º A Diretoria de Contabilidade manterá registro sintético dos

bens móveis de caráter permanente, cabendo à Diretoria de Material de Patrimônio os registros analíticos, com indicação dos elementos necessários para a perfeita caracterização de cada um deles e dos responsáveis pela sua guarda e conservação, mantendo o arquivamento das cargas patrimoniais, dos inventários e de documentos referentes às suas transferências patrimoniais.

§ 1º Carga Patrimonial é o instrumento administrativo de atribuição de responsabilidade pela guarda, conservação e uso dos bens permanentes, devendo ser firmada pelos responsáveis indicados em cada Promotoria/Unidade Administrativa.

§ 2º Transferência Patrimonial é a modalidade de movimentação do material dentro da Procuradoria-Geral de Justiça e/ou entre Promotorias de Justiça/Unidades Administrativas com troca de responsabilidade.

Art. 5º Anualmente a Diretoria de Material e Patrimônio realizará inventário patrimonial físico destinado a comprovar a quantidade e o valor do acervo de cada Promotoria/Unidade existente em 31 de dezembro de cada exercício.

§ 1º A Diretoria de Material e Patrimônio enviará às Promotorias/Unidades Administrativas o arrolamento dos bens ali existentes para realização do inventário em 31 de dezembro, com a finalidade de subsidiar a realização do inventário geral.

§ 2º A Biblioteca encaminhará à Diretoria de Material Patrimônio o inventário dos acervos bibliográficos sob sua guarda e responsabilidade em 31 de dezembro de cada exercício.

§ 3º Além dos inventários a que se referem o “caput” e o § 1º deste artigo as Promotorias/Unidades Administrativas e a Diretoria de Material e Patrimônio poderão promover outros inventários sempre que necessário.

§ 4º A Corregedoria-Geral do Ministério Público, quando das correições ordinárias, efetuará também o inventário dos Bens Patrimoniais existentes na Promotoria, encaminhando à Diretoria de Material e Patrimônio uma cópia do termo de inventário lavrado na correição.

§ 5º Os Servidores da Diretoria de Material e Patrimônio ou da Diretoria de Serviços Gerais e Transportes, quando em viagem para entrega ou recolhimento de Bens Patrimoniais em determinada Comarca ou Promotoria, poderão efetuar também o inventário físico dos Bens existentes na respectiva Unidade Administrativa e lavrarão o competente termo de inventário para arquivo na DMAP.

Art. 6º A ocorrência de quaisquer danos em Bens Patrimoniais Permanentes implicará realização de sindicância administrativa, a ser determinada

pela autoridade competente.

§ 1º A comunicação do dano deverá ser feita à Diretoria-Geral de maneira formal, imediata e circunstanciada, pelo dirigente de nível hierárquico mais elevado da Promotoria/Unidade Administrativa.

§ 2º A Diretoria-Geral determinará as medidas necessárias para o ressarcimento ao erário quando, após o devido processo administrativo, apurar-se a culpa ou dolo.

§ 3º Nenhum responsável por Bens Patrimoniais terá seu processo de exoneração a pedido, aposentadoria, transferência ou remoção deferido sem que o mesmo apresente certidão de regularidade patrimonial fornecida pela Diretoria de Material e Patrimônio.

Art. 7º A baixa de Bens Permanentes pertencentes à Procuradoria-Geral de Justiça somente ocorrerá após formalizado o devido processo legal pela Diretoria de Material e Patrimônio ou mediante autorização expressa do Ordenador de Despesas, nos casos de:

I - furto/roubo;

II - extravio;

III - sinistro;

IV - alienação;

V - doação;

VI - transferência a outros órgãos estaduais;

VII - incorporação indevida;

VIII - sucateamento.

Parágrafo único. Nos casos de furto, roubo ou extravio, a Diretoria Geral deverá adotar as ações administrativas para apuração de responsabilidades, visando indenizar o erário e aplicar as penalidades administrativas, obedecida a legislação em vigor, observado o disposto no art. 6º, § 2º, desta Resolução.

CAPÍTULO III DOS BENS INSERVÍVEIS

Art. 8º As Promotorias/Unidades Administrativas que tenham a posse de Bens Patrimoniais considerados genericamente inservíveis, obsoletos ou ociosos, deverão providenciar sua transferência à Diretoria de Material e Patrimônio.

§ 1º A Diretoria de Material e Patrimônio providenciará sua classificação em:

a) Bom para Uso - quando embora em perfeitas condições de uso não estiver sendo aproveitado;

b) Recuperáveis - quando sua recuperação for possível a um custo economicamente justificável, levando-se em conta a necessidade de sua utilização;

c) Irrecuperável - quando não mais puder ser utilizado para o fim a que se destina, devido a perda de suas características ou em razão da inviabilidade econômica de sua recuperação.

§ 2º A transferência de bens entre Promotorias/Unidades Administrativas somente ocorrerá mediante prévia autorização da Diretoria de Material e Patrimônio.

Art. 9º A Diretoria de Material e Patrimônio solicitará, quando oportuno, à Divisão de Manutenção a reforma dos materiais classificados como recuperáveis, reintegrando-os ao acervo de bens em condições de uso, para reaproveitamento.

Art. 10. Verificada a impossibilidade de seu reaproveitamento, será providenciada nova destinação aos mesmos, de forma a se evitar o desperdício de recursos públicos, bem como o custo decorrente do armazenamento de tais bens.

Art. 11. Verificada a impossibilidade ou inconveniência da alienação de material classificado como irrecuperável, a Diretoria de Material e Patrimônio encaminhará expediente à Diretoria-Geral solicitando autorização para baixa patrimonial por sucateamento, com a retirada das partes economicamente aproveitáveis, porventura existentes, que serão incorporadas ao patrimônio.

§ 1º A inutilização consiste na destruição total ou parcial do material que ofereça ameaça vital para as pessoas, risco ambiental ou inconveniente de qualquer natureza para a Administração Pública Estadual.

§ 2º Os símbolos nacionais serão inutilizados em conformidade com a legislação específica, que determina seu encaminhamento a qualquer unidade militar para incineração no Dia da Bandeira.

§ 3º A inutilização de materiais será documentada mediante Termo de Inutilização o qual integrará o respectivo processo de baixa, que deverá ser formalizado na Diretoria de Material e Patrimônio.

CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 12. As avaliações e classificações previstas nesta Resolução, bem como os demais procedimentos que integram o Sistema de Controle de Bens Patrimoniais Permanentes, serão efetuadas :

1- pela Diretoria de Material e Patrimônio que poderá, se necessário, ser auxiliada pelo Grupo de Trabalho instituído pela Ordem de Serviço N.º 001/2000, até que seja efetuada a conciliação geral com o Sistema de Contabilidade;

2- por Comissão Especial, instituída pelo Procurador-Geral de Justiça, sendo composta de, no mínimo, 03 servidores integrantes da Procuradoria-Geral de Justiça.

Art. 13. As transferências com a participação de outros órgãos do Estado, que resultem em aquisições ou baixas, somente poderão ser efetivadas mediante a interveniência do órgão gestor de materiais do Poder Executivo Estadual.

Art. 14. O titular da Diretoria Geral deverá baixar as normas necessárias à requisição e perfeita gestão dos Bens Permanentes sob a guarda dos responsáveis em cada Promotoria/Unidade Administrativa, respeitados os princípios gerais estabelecidos nesta Resolução.

Art. 15. O Grupo de Trabalho deverá apresentar ao Diretor-Geral a conclusão dos trabalhos para o qual foi instituído por meio da Ordem de Serviço N.º 01/2000, de 24 de novembro de 2000, até o dia 31 de julho de 2002.

Art. 16. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 17. Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2001

Dr. NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

**TABELA DE CÓDIGOS DAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**
(disponível no Minas Gerais de 17.08.2001)

Publicada no Minas Gerais de 17.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 36, DE 22 DE AGOSTO DE 2001

Dispõe sobre Carteira de Identidade Funcional dos
Servidores do Ministério Público do Estado de
Minas Gerais.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais e em especial do inciso LIV, do art. 18, da Lei Complementar nº. 34, de 12 de setembro de 1994, tendo em vista a necessidade de adequar-se ao disposto no artigo 278, da lei nº. 869, de 05 de julho de 1952, resolve:

Art. 1º Fica instituída a Carteira de Identidade Funcional destinada à identificação dos Servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de acordo com o modelo constante no Anexo desta Resolução.

Art. 2º A confecção da Carteira de Identidade Funcional, com número de identificação, observará numeração seqüencial crescente, a ser controlada pela Diretoria de Pessoal Administrativo - DPAD.

Art. 3º Da Carteira de Identidade Funcional constarão, obrigatoriamente: Marca d'Água, nº. da Carteira de Identidade Funcional, Data de Expedição, MAMP, Nome do Servidor, Cargo efetivo/comissão, nº. da Cédula de Identidade, nº. do Cadastro de Pessoa Física, nº. do Título de Eleitor, Zona, Seção, Grupo Sangüíneo, Data de Nascimento, Filiação, Naturalidade, UF, Impressão Digital e Foto do Servidor (3 x 4, colorida e recente), bem como assinatura do Procurador-Geral de Justiça e do Servidor.

Art. 4º No caso de extravio da Carteira de Identificação Funcional, o Servidor comunicará o fato imediatamente à Diretoria de Pessoal Administrativo - DPAD -, para as devidas providências.

Art. 5º A primeira via da Carteira de Identidade Funcional será gratuita, devendo o Servidor zelar por sua conservação.

Parágrafo único. No caso de substituição em razão de perda, o Servidor arcará com o pagamento da 2ª via em valor a ser fixado pelo Diretor-Geral.

Art. 6º A Carteira de Identidade Funcional conterá as seguintes especificações:

I- formato de 86mm x 56mm (oitenta e seis milímetros por cinquenta e seis milímetros), impressa em papel tipo Filipaper granito, gramatura 90g/m2, cor azul;

II- impressão a Laser ou Jato de Tinta, com desenhos, marcas e textos exclusivos compostos em sua primeira face por:

a) bordas vermelhas com textos vazados, **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS e PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA;**

b) brasão do Ministério Público de Minas Gerais ao alto e à esquerda em suas cores típicas, seguido dos dizeres **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS;**

- c) chanceia do brasão do Estado impressa sobre a foto;
- d) n°. da Carteira de Identidade Funcional, Data de Expedição, Nome do Servidor e Cargo;
- e) assinatura do Procurador-Geral de Justiça.

III- a Carteira de Identidade Funcional, em seu verso, terá um formato com as seguintes inscrições:

a) campos para preenchimento dos dados pessoais: CI, CPF, Título Eleitor, Zona, Seção, Grupo Sangüíneo, Filiação, Naturalidade, UF e data de nascimento;

b) espaço para impressão digital do polegar direito do Servidor em tinta preta;

c) campo para assinatura do Servidor.

Art. 7º A Diretoria de Pessoal Administrativo - DPAD - recolherá a Carteira de Identificação Funcional do servidor quando do seu desligamento, exceto no caso de aposentadoria, e quando do afastamento para tratar de interesse particular ou da disponibilidade.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

ANEXO I

(A que se refere o art. 1º da Res. n° 34, de 22 de agosto de 2001)

The image shows two forms for the 'Carteira de Identidade Funcional' (Functional Identity Card) from the 'Ministério Público do Estado de Minas Gerais'. The left form is the front side, featuring a photo area, a stamp of the state coat of arms, and fields for CI, CPF, T. Eleitoral, Zona, Seção, Grupo Sangüíneo, Filiação, Data de Nascimento, UF, and Assinatura do Servidor. The right form is the back side, featuring a stamp of the state coat of arms and fields for CI, CPF, T. Eleitoral, Zona, Seção, Grupo Sangüíneo, Filiação, Data de Nascimento, UF, and Assinatura do Servidor.

Publicada no Minas Gerais de 22.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 37, DE 28 DE AGOSTO DE 2001

Regulamenta o disposto no art. 18, § 2º, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994 e art. 26 da Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o art. 18, inciso XLIV, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994;

Considerando a necessidade de regulamentar o § 2º, do art. 18, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, com nova redação dada pela Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre direito à compensação decorrente da participação de membro do Ministério Público em escalas de plantões em finais de semana, em feriados ou em razão de outras medidas urgentes;

Considerando que o art. 26, da Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001, estabeleceu que a compensação compreende também as situações anteriores à sua vigência;

Considerando que a Procuradoria-Geral de Justiça não dispõe de Promotores de Justiça Substitutos em número suficiente para serem designados para responder por Promotorias de Justiça, cujos titulares possam estar no gozo de compensação em dias úteis por terem integrado escala de plantão;

Considerando a necessidade de estabelecer condições e limites para o gozo desse direito, tendo em vista os princípios da economicidade, eficiência e continuidade dos serviços públicos, resolve:

Art. 1º O membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais que integrar escala de plantão em finais de semana ou feriados, para adoção de medidas urgentes ou atuação perante os Juizados Especiais ou em Promotorias cujas funções demandem atuação naqueles períodos, terá direito à compensação dos dias trabalhados.

Parágrafo único. A Diretoria de Pessoal do Ministério Público efetuará, no prazo de 30 (trinta) dias, levantamento de plantões realizados a partir da Resolução nº 036, de 10 de outubro de 1996, para cumprimento do que estabelece o art. 26, da Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001.

Art. 2º A compensação em dias úteis será deferida desde que não haja prejuízo para a continuidade dos serviços afetos à Promotoria de Justiça do membro requerente.

Art. 3º São condições para o deferimento do pedido de compensação em dias úteis, que será, por delegação, despachado pelo titular da Chefia de Gabinete:

I- seja feito com antecedência mínima de 15 (quinze) dias ao início do gozo;

II- esteja o interessado com os serviços em dia, salvo se estiver cumprindo a Resolução Conjunta nº 01/93-PGJ-CGMP, de 13 de maio de 1993;

III- esteja instruído com a aquiescência expressa do Coordenador ou Secretário da Promotoria de Justiça respectiva ou do Diretor do Centro de Apoio Operacional - CAO, onde houver esses órgãos em comarcas com mais de uma Promotoria de Justiça, e a indicação, em qualquer caso, do Promotor de Justiça, substituto automático, que irá responder pela Promotoria cujo titular estiver no gozo da compensação;

IV- esteja instruído com a relação das audiências previstas para o período de compensação.

§ 1º O Procurador-Geral de Justiça suprirá, fundamentadamente, a aquiescência de que trata o inciso III deste artigo, nos casos em que a negativa se mostrar injustificada.

§ 2º Nas comarcas dotadas de 02 (dois) Promotores de Justiça em exercício, a substituição automática será recíproca.

§ 3º Nas comarcas com mais de duas Promotorias, os seus integrantes deverão formular ao Procurador-Geral de Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação desta Resolução, caso ainda não exista, o regime de substituição automática entre os seus membros, inclusive para a finalidade prevista no art. 200 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994.

§ 4º Igual procedimento deverá ser adotado pelos Promotores de Justiça titulares de Comarcas com apenas uma Promotoria de Justiça, os quais, no mesmo prazo, deverão apresentar ao Procurador-Geral de Justiça proposta para a definição do citado regime de substituição automática, inclusive para a finalidade prevista no art. 200 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994.

§ 5º Não será deferido pedido de compensação quando houver Sessão Plenária do Tribunal do Júri designada para o período de gozo postulado, salvo se o pedido vier instruído com a declaração, do substituto automático ou de outro Promotor de Justiça, de que a realizará sem ônus para a Procuradoria-Geral de Justiça.

Art. 4º O Procurador-Geral de Justiça poderá, havendo disponibilidade, designar Promotor de Justiça Substituto para exercer as funções daquele que

estiver no gozo da compensação referida no artigo 1º, nos casos em que o substituto automático, comprovadamente, estiver impossibilitado de exercê-las.

Art. 5º Casos omissos serão resolvidos pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 29.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 38, DE 21 DE AGOSTO DE 2001

Fixa critérios de compensação de processos judiciais, distribuídos aos Procuradores de Justiça, membros do Conselho Superior do Ministério Público.

O Procurador-Geral de Justiça, com base na decisão da Câmara de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais proferida em conformidade com o disposto no art. 18, XXXIV, da Lei Complementar nº 34/94, tendo em vista o grande volume de inquéritos civis públicos e expedientes administrativos distribuídos aos membros do Conselho Superior do Ministério Público, resolve:

Art. 1º O membro do Conselho Superior do Ministério Público ficará dispensado de receber, a título de compensação, 1 (um) processo judicial para cada 3 (três) expedientes afetos ao Órgão Colegiado que lhe forem distribuídos no decorrer de seu mandato, observado que a compensação não poderá ultrapassar o limite de 50% (cinquenta por cento) da carga judicial semanal.

Parágrafo único. A Secretaria dos Órgãos Colegiados fica incumbida de informar à Corregedoria-Geral do Ministério Público e à Superintendência Judiciária, sempre que efetivada a distribuição, o número de procedimentos conferidos aos membros do Conselho Superior do Ministério Público.

Art. 2º A compensação mencionada no dispositivo anterior refere-se aos expedientes efetivamente relatados, devendo abstrair-se da operação os processos não relatados até o final do mandato, bem como, aqueles nos quais o relator determinou o cumprimento de diligência, sem que tivesse tempo para prolatar o seu voto.

Art. 3º Os efeitos desta Resolução retroagem à data da reunião da Câmara de Procuradores de Justiça, que deliberou sobre a matéria.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 25.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 43, DE 28 DE AGOSTO DE 2001

Dispõe sobre a designação de Promotores de Justiça para o exercício de funções eleitorais nas hipóteses de afastamento do titular ou vacância do cargo.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso das atribuições legais que lhe confere o art. 18, inciso XXI, alínea h, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994;

Considerando não haver Promotores de Justiça Substitutos em número suficiente para o exercício das funções eleitorais nas hipóteses de afastamento temporário do titular ou vacância do cargo;

Considerando que muitos desses cargos são ocupados por Promotores de Justiça designados para o exercício das funções eleitorais, pelo prazo de dois anos, na forma da Resolução nº 10/PGJ/MG, de 27 de março de 2001, que dispõe sobre a adoção do sistema de rodízio de Promotores de Justiça Eleitorais no Estado de Minas Gerais;

Considerando que a referida Resolução nº 10/PGJ/MG não contempla a designação de Promotores de Justiça Eleitorais para as hipóteses acima mencionadas;

Considerando a necessidade de estabelecimento de critérios objetivos

para as referidas designações, com observância dos princípios da impessoalidade, eficiência e continuidade dos serviços eleitorais, Resolve:

Art. 1º Fica instituído no Ministério Público do Estado de Minas Gerais o sistema de rodízio nas designações de Promotores de Justiça para o exercício temporário das funções eleitorais, nas hipóteses não contempladas pela Resolução nº 10/PGJ/MG, de 27 de março de 2001.

Parágrafo Único. O rodízio será observado na hipótese de não ser possível a designação de Promotor de Justiça Substituto para, com prejuízo de suas atribuições, exercer a função eleitoral temporária e as outras próprias da Promotoria de Justiça vaga ou cujo titular encontre-se afastado.

Art. 2º A designação de Promotor de Justiça, titular ou substituto, para o exercício temporário das funções eleitorais, será feita pelo Procurador Regional Eleitoral, após indicação do Procurador-Geral de Justiça, observando-se o critério de antiguidade na Carreira dentre os integrantes da respectiva Região Administrativa, de que trata a Resolução nº 36, de 10 de outubro de 1996.

§ 1º Na designação deverá ser dada preferência ao Promotor de Justiça que não estiver exercendo as funções eleitorais, na forma da Resolução 10/PGJ/MG, de 27 de março de 2001, ou que não as tenha exercido, na condição de titular, por prazo igual ou superior a dois anos, ressalvada a hipótese em que todos os Promotores de Justiça da Região Administrativa já as tenham exercido.

§ 2º Se a comarca, dotada de apenas uma Promotoria, possuir Promotor de Justiça Substituto ou Cooperador, este assumirá as funções eleitorais durante a vacância ou afastamento do titular.

§ 3º O Promotor de Justiça designado deverá estar com seus serviços em dia e demonstrar compatibilidade de horário para o acúmulo das funções da Promotoria de que seja titular com aquela de outra comarca que será temporariamente ocupada, cujas atribuições deverá assumir em sua integralidade.

Art. 3º Nas comarcas com mais de uma Promotoria de Justiça, o rodízio será interno, obedecendo-se o critério de antiguidade na Carreira, nas mesmas condições estabelecidas no artigo anterior.

Art. 4º Durante o período de exercício temporário das funções eleitorais fica vedada a designação de Promotor de Justiça para cooperar com aquele que tenha sido designado, nos termos do art. 2º desta Resolução.

Art. 5º O Promotor de Justiça designado, nos termos desta Resolução, exercerá as funções eleitorais pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados de forma ininterrupta ou fracionada, independentemente da causa da designação, ressalvada a hipótese de inexistência de Promotor de Justiça em condições de

ser designado para assumir as respectivas funções.

Parágrafo único. O prazo a que se refere o caput será prorrogado automaticamente caso o seu vencimento recaia durante o processo eleitoral, compreendido esse entre 90 (noventa) dias antes e 60 (sessenta) dias após as eleições, nos termos do art. 2º, SS 6º, da Res. 10/PGJ/MG, de 27 de março de 2001, salvo se a causa determinante da designação cessar durante esse período.

Art. 6º A designação efetuada nos termos desta Resolução não prejudica a nomeação para as funções eleitorais, pelo prazo de dois anos, na forma da Resolução nº 10/PGJ/2001, de 27 de março de 2001.

Parágrafo Único - A possibilidade de nova designação para o exercício das funções eleitorais temporárias estará restrita à hipótese de inexistência de Promotor de Justiça que, na mesma comarca ou Região Administrativa, conforme o caso, não as tenha exercido.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Casos omissos serão resolvidos pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 9º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 29.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 44, DE 30 DE AGOSTO DE 2001

Dispõe sobre o custeio de despesas referentes à participação de membros do Ministério Público em cursos e eventos de aprimoramento funcional, realizados em outros Estados da Federação.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuições que lhe conferem os arts. 18, XVII, LV, e 119, VI da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º O custeio de despesas referentes a participação em cursos e eventos de aprimoramento funcional realizados em outros Estados da Federação poderá ser autorizado pelo Procurador-Geral de Justiça, aos membros do Ministério Público, observadas as seguintes condições:

I- disponibilidade de recursos financeiros;

II- interesse do Ministério Público indicado pela correlação entre o conteúdo programático do evento e as atividades institucionais;

III- correlação entre o conteúdo programático do evento e as atividades funcionais exercidas pelo requerente;

IV- ausência de prejuízo ao regular andamento dos serviços afetos ao membro do Ministério Público.

Parágrafo único. O custeio de despesas de que trata o caput deste artigo será feito através do pagamento de diárias, nos termos do art. 132, da Lei Complementar nº 34 de 1994, regulamentada pela Resolução nº 05, de 22 de fevereiro de 1996, e eventualmente das despesas correspondentes à inscrição no evento.

Art. 2º Para efeito do disposto nesta Resolução, são considerados eventos de aprimoramento funcional a participação de membro do Ministério Público em congressos, seminários, jornadas jurídicas e cursos que apresentem afinidade com as áreas de atuação e de interesse do Ministério Público.

Art. 3º A solicitação de custeio de despesas deverá ser dirigida ao Procurador-Geral de Justiça com antecedência mínima de 10 (dez) dias da data de início da realização do evento, acompanhada da seguinte documentação:

I- identificação da instituição promotora;

II- descrição da natureza, finalidade, regime e atividades principais e complementares;

III- tempo de duração, com datas de início e término, e o local de realização;

IV- descrição da correlação da natureza do evento e a especialização ou afinidade com a área de atuação do solicitante;

V- informação relativa a participação como debatedor ou como apresentador de tese.

Art. 4º Até o dia 31 de outubro de cada ano, os membros do Ministério Público interessados na participação em eventos de que trata este ato e que

desejarem seu custeio pela Instituição, deverão apresentar trabalho jurídico a ser avaliado por Comissão composta de 3 (três) Procuradores de Justiça, especialmente designada pelo Procurador-Geral de Justiça.

§ 1º A apresentação dos trabalhos jurídicos a que faz menção o caput deste artigo, será feita por ramo do direito e área de atuação institucional, cujo regulamento deverá ser elaborado, anualmente, pela Comissão avaliadora, que, ao final de seus trabalhos, editará lista de classificação dos trabalhos apresentados.

§ 2º Ficam excluídos da apresentação dos trabalhos jurídicos mencionados no parágrafo anterior os membros do Ministério Público que atuam, de forma exclusiva, em Promotorias de Justiça Especializadas, na capital e no interior.

Art. 5º No caso de insuficiência de recursos para o custeio das despesas de todos os requerimentos para participação em determinado evento, terá preferência no pedido:

I- o membro do Ministério Público melhor classificado, na respectiva área de atuação ou ramo do direito, no processo de seleção de trabalho jurídico, de que trata o artigo 4º deste ato;

II- em caso de verificação de empate no critério estabelecido no item anterior, o membro do Ministério Público mais antigo na carreira;

§ 1º a participação do membro da Instituição nos eventos mencionados no art. 2º, custeada pelo Ministério Público, exclui novos custeios até que todos os demais classificados tenham sido contemplados com o benefício;

Art. 6º O Procurador-Geral de Justiça encaminhará o pedido e a documentação ao Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, para informação e processamento da solicitação, junto à Diretoria-Geral.

§ 1º A solicitação de custeio de despesas insuficientemente documentada não será analisada.

§ 2º Após a conclusão do evento, no prazo de 10 (dez dias), deverá ser encaminhado ao Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, relatório final constando:

I- resumo das atividades e dos assuntos apresentados;

II- avaliação do evento e proveito obtido;

III- sugestões de interesse institucional;

IV- prestação de contas nos termos do art. 9º, da Res. 05 de 1996.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 31.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 45, DE 30 DE AGOSTO DE 2001

Dispõe sobre a Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuições que lhe conferem o art. 18, incisos XI e XII, e art. 265, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art.1º A Revista Jurídica do Ministério Público, instrumento de divulgação das matérias de interesse do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, instituída pela Resolução nº 09, de 04 de março de 1996, passa a ser regulamentada por esta Resolução.

Art. 2º O Conselho Editorial da Revista Jurídica será composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que será seu Presidente, pelo Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, que será seu Diretor Executivo, e por 5 (cinco) membros do Ministério Público designados, dentre Procuradores e Promotores de Justiça, por ato do Procurador-Geral de Justiça.

Parágrafo único. As deliberações do Conselho Editorial, lavradas em termo próprio, serão tomadas por maioria simples, cabendo ao Presidente, quando necessário, voto de desempate.

Art. 3º Ao Conselho Editorial compete:

- I- deliberar sobre orientação, filosofia, rumos e diretrizes da Revista;
- II- selecionar as matérias recebidas, opinando sobre seu valor técnico e científico, a conveniência e a oportunidade de sua publicação;
- III- deliberar sobre as atividades da revista;
- IV- aprovar o calendário regular das reuniões;

V- acompanhar a aplicação dos recursos financeiros destinados ao custeio da publicação e distribuição, a contabilidade e a prestação de contas;

VI- aprovar a apresentação gráfica e a sistematização do conteúdo;

VII- registrar em livro próprio de atas as deliberações das reuniões;

VIII- zelar pela regularidade da publicação;

IX- exercer outras atribuições compatíveis com sua finalidade.

Art. 4º Os primeiros integrantes do Conselho Editorial, instituído nos termos desta Resolução, deliberarão sobre o modelo de capa a ser adotado para a Revista Jurídica, de forma permanente, atribuindo-lhe identidade e uniformidade, podendo ser mantido o modelo adotado nas edições anteriores.

Art. 5º O Diretor Executivo designará equipe técnica composta por servidores do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para o desempenho das atividades de apoio técnico e administrativo, revisão, redação, revisão normativa, editoração, digitação e outras atividades correlatas.

Parágrafo único. Ao Diretor-Geral poderá ser solicitada a cessão temporária de servidores da Procuradoria-Geral de Justiça para apoio de atividades técnicas e administrativas, inclusive para o acompanhamento financeiro, orçamentário e contábil.

Art. 6º Ao Diretor Executivo compete:

I- dirigir as atividades do pessoal técnico;

II- providenciar o registro legal da Revista Jurídica do Ministério Público;

III- determinar a manutenção e organização dos registros, documentos e informações relevantes para a publicação da Revista;

IV- providenciar a divulgação, em meio impresso e eletrônico, das atividades da revista;

V- reunir as matérias recebidas para publicação e sua reprodução para análise pelo Conselho Editorial;

VI- baixar e divulgar normas de apresentação para o envio das matérias, seus elementos constitutivos e regras mínimas de apresentação gráfica;

VII- gerir os recursos disponíveis para a publicação;

VIII- apresentar, ao Conselho Editorial, a prestação de contas dos recursos utilizados.

Art. 7º Os integrantes do Conselho Editorial terão exercício durante o mandato do Procurador-Geral de Justiça, cessando suas atividades com a sua exoneração.

Art. 8º A Revista Jurídica será publicada semestralmente e conterá:

I- artigos originais sobre assuntos jurídicos;

- II- pareceres do Ministério Público;
- III- julgados de interesse institucional;
- IV- atos normativos do Ministério Público;
- V- informações, matérias ou notícias de interesse histórico, biográfico e institucional.

Art.9º Passa a integrar o conteúdo da Revista Jurídica do Ministério Público a coletânea "Atos da Administração Superior", criada pela Resolução nº 22, de 1996.

§ 1º Os atos normativos da Administração Superior do Ministério Público, identificados por resoluções, portarias normativas, regimentos, regulamentos, recomendações, avisos, súmulas e outros, serão preferencialmente selecionados para publicação.

§ 2º Ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional caberá a publicação dos atos normativos do Ministério Público referente ao período 1999/2000.

Art. 10. A Revista Jurídica do Ministério Público será distribuída, gratuitamente, aos membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e da União, e às Associações de Classe dos Ministérios Públicos.

§ 1º O número de exemplares de cada tiragem da Revista Jurídica será previamente definido de acordo com levantamento quantitativo dos destinatários, com margem de sobra que não exceda a 100 (cem) exemplares.

§ 2º O Conselho Editorial da Revista Jurídica poderá deliberar sobre a distribuição de exemplares a outros destinatários e o número de exemplares, em cada edição, para atender a esta demanda específica.

Art. 11. Na parte interna e externa da contracapa e na parte interna da capa poderá ser inserida publicidade remunerada ou anúncios compatíveis com os objetivos da Revista Jurídica.

Art. 12. A renda obtida na forma do artigo anterior será recolhida a Fundo instituído no âmbito do Ministério Público, sendo que a Superintendência de Finanças da Procuradoria-Geral de Justiça fará consignar, anualmente, no Orçamento do Ministério Público, verba própria para atender as despesas resultantes da publicação da Revista Jurídica.

Parágrafo único. O Procurador-Geral de Justiça poderá firmar convênio ou outra forma de intercâmbio cultural para sua publicação, divulgação e distribuição.

Art.13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art.14. Ficam revogadas a Resolução nº 09, de 04 de março de 1996, e a Resolução nº 22, de 04 de julho de 1996.

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 31.08.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 58, DE 04 DE SETEMBRO DE 2001

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da Comarca de Ituiutaba.

Publicada no Minas Gerais de 06.09.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 59, DE 06 DE SETEMBRO DE 2001

Institui o Diploma do Mérito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e fixa critérios para sua concessão.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no exercício de suas atribuições, com fundamento nos arts. 18, XII e 264, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Instituir o Diploma do Mérito do Ministério Público, no modelo constante no anexo desta Resolução.

Art. 2º O Diploma do Mérito do Ministério Público será outorgado em reconhecimento a personalidades ou entidades pelos relevantes serviços prestados à sociedade, na defesa dos direitos inerentes ao exercício da cidadania plena.

Parágrafo único. Consideram-se serviços prestados à sociedade:

- I- a proteção dos interesses sociais;
- II- a busca e aplicação da justiça social;
- III- a promoção da identidade cultural;

Art. 3º A escolha dos agraciados dar-se-á pela Comissão de Outorga

composta pelo Procurador-Geral de Justiça, seu Presidente, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, pelo Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, e por dois membros dos Órgãos Colegiados, indicados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 4º Por convocação de seu Presidente, a Comissão se reunirá ordinariamente no período de 1º a 15 de agosto de cada ano, podendo ser convocada para reuniões extraordinárias.

§ 1º As deliberações da Comissão serão tomadas por maioria de votos, presentes mais da metade de seus integrantes.

§ 2º A escolha dos agraciados dar-se-á por voto da maioria absoluta dos integrantes do Conselho.

Art. 5º Compete exclusivamente aos membros da Comissão propor nomes de pessoas ou entidades passíveis de agraciamento com o Diploma do Mérito do Ministério Público.

Art. 6º O titular do órgão de comunicação social do Ministério Público poderá participar das reuniões da Comissão, sem direito a voto, com funções de assessoramento.

Art. 7º O Diploma poderá ser conferido "post-mortem", e sua entrega será feita a cônjuge, descendente, ascendente ou irmão da pessoa agraciada, nesta ordem.

Art. 8º A Comissão manterá um livro de registro, no qual será inscrito, por ordem cronológica, o nome de cada pessoa ou entidade agraciada e os respectivos dados biográficos ou estatutários, conforme o caso.

Art. 9º A entrega do Diploma do Mérito do Ministério Público efetivar-se-á em data previamente indicada em ato do Procurador-Geral de Justiça, no salão nobre de reuniões da Procuradoria-Geral de Justiça, com a presença dos membros da Câmara de Procuradores de Justiça.

Art. 10 Excepcionalmente, a primeira escolha dos agraciados, sem a participação da Comissão instituída por esta Resolução, será realizada pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 11 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12 Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

ANEXO ÚNICO

(disponível no Minas Gerais de 07.09.2001)

Publicada no Minas Gerais de 07.09.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 60, DE 06 DE SETEMBRO DE 2001
(republicação)

Dispõe sobre a criação e define as atribuições da
Coordenadoria de Planejamento Institucional.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, usando da atribuição que lhe é conferida pelos arts. 18, inciso XII e 19, SS 1º, da Lei Complementar n.º 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Fica criada a Coordenadoria de Planejamento Institucional, subordinada técnica e administrativamente ao Procurador-Geral de Justiça, como órgão de assessoramento, com o objetivo de desenvolver, elaborar, coordenar, orientar e acompanhar a atividade de planejamento institucional do Ministério Público de Minas Gerais.

Art. 2º A Coordenadoria de Planejamento Institucional será dirigida por Coordenador escolhido livremente pelo Procurador-Geral de Justiça, dentre os Procuradores ou Promotores de Justiça da mais elevada entrância.

Art. 3º Compete à Coordenadoria de Planejamento Institucional:

I- acompanhar de forma sistêmica a atuação do Ministério Público, identificando necessidades e sugerindo mudanças;

II- elaborar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público, com a participação dos Centros de Apoio e das Procuradorias e Promotorias de Justiça, bem como das unidades administrativas da Procuradoria-Geral de Justiça, submetendo-o ao Procurador-Geral de Justiça para posterior aprovação pela Câmara de Procuradores de Justiça;

III- coordenar, orientar e acompanhar a execução do Plano Geral de Atuação do Ministério Público, bem como propor modificações;

IV- coordenar a gestão da informação institucional, objetivando sua padronização, eficiência, integração e modernização, inclusive quanto à política de informática;

V- identificar recursos públicos ou privados, nacionais ou internacionais, disponíveis para o cumprimento das funções do Ministério Público;

VI- estudar, propor e elaborar projetos e convênios institucionais, inclusive para a captação dos recursos acima referidos;

VII- requisitar informações e suportes material e técnico às unidades administrativas do Ministério Público;

VIII- manter intercâmbio e solicitar informações, diretamente, de

quaisquer pessoas, órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, visando o cumprimento de suas atribuições;

IX- solicitar informações e cooperação de quaisquer membros ou órgãos de execução do Ministério Público;

X - exercer outras funções que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 07.09.2001

Republicada no Minas Gerais de 04.10.2001, com modificação

RESOLUÇÃO PGJ Nº 63, DE 13 DE SETEMBRO DE 2001

Extingue o Centro de Apoio Operacional Estadual
e cria o Centro de Apoio Operacional à Execução
- CAEX -, de âmbito estadual.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 33, da Lei nº 8.625, de 12/2/93, e art. 75, da Lei Complementar nº 34, de 12/9/94,

Considerando a criação dos Centros de Apoio Operacional por área de atuação;

Considerando a necessidade de se criar órgão de âmbito estadual para atender às funções de execução de natureza civil ou criminal, especialmente na área técnica de pesquisas, estudos, pareceres e laudos, seja através de corpo de suporte técnico, seja mediante a implementação de convênios, dada a carência desse tipo de suporte aos Órgãos de Execução, nas diversas áreas de atuação;

Resolve criar o Centro de Apoio Operacional à Execução - CAEX -, de âmbito estadual, com a seguinte estrutura e esfera de atuação.

Art. 1º Fica criado o Centro de Apoio Operacional à Execução - CAEX -, órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público com atribuição estadual.

Art. 2º Compete aos Centros de Apoio Operacional à Execução - CAEX:

I- dar suporte técnico-científico aos demais Centros de Apoio Operacional e às funções de execução, de natureza civil ou criminal, quanto a perícias, estudos e pareceres, nas áreas de medicina, engenharia, contabilidade e auditoria e outras;

II - acompanhar e controlar a execução de convênios com entidades de pesquisa e universidades oficiais, na parte relativa à obtenção de laudos periciais, estudos e pareceres nas diversas áreas, destinados a instruir procedimentos e processos;

III- receber e responder às solicitações de apoio técnico-científico dos demais Centros de Apoio Operacional e dos membros do Ministério Público, registrando-as e encaminhando-as aos técnicos das áreas respectivas, do seu próprio corpo de apoio técnico ou das entidades conveniadas;

III- proceder à localização de pessoas e coisas;

IV- prestar apoio a Procuradores e Promotores de Justiça, inclusive quanto às prerrogativas do cargo e da função;

V- prestar outros serviços de apoio, compatíveis com a sua finalidade.

Art. 3º O Centro de Apoio Operacional à Execução - CAEX -, coordenado por membro do Ministério Público, entre Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça da mais elevada entrância, designado pelo Procurador-Geral de Justiça, compreende:

I- Corpo Técnico, composto por Procuradores e Promotores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça;

II- Corpo de Apoio Técnico, composto por servidores de formação de nível técnico ou superior nas áreas de contabilidade e auditoria, engenharia, medicina legal, criminologia, criminalística, psicologia, serviço social e outras, sem prejuízo da lotação desses servidores diretamente nos Centros de Apoio Operacional, a critério da Administração;

III- Área de Apoio Técnico-Administrativo.

Art. 4º O Coordenador do Centro de Apoio Operacional à Execução - CAEX - estabelecerá as rotinas administrativas necessárias ao funcionamento do órgão.

Art. 5º Este ato entrará em vigor na data de sua publicação, ficando

revogado o ato publicado em 30/11/99, que instituiu o Centro de Apoio Operacional Estadual.

Belo Horizonte, 13 de setembro de 2.001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 14.09.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 64, DE 13 DE SETEMBRO DE 2001
(republicação)

Cria os Centros de Apoio Operacional, definindo-lhes a estrutura e o âmbito de atuação.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 33, da Lei nº 8.625, de 12/2/93, art. 75, da Lei Complementar nº 34, de 12/9/94 e alterações da Lei 61/01, de 12/07/01, resolve criar os Centros de Apoio Operacional abaixo especificados, com a seguinte estrutura e esfera de atuação.

Art. 1º Ficam criados os seguintes Centros de Apoio Operacional, órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público com atribuição estadual:

I - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude;

II - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Histórico e Cultural e da Habitação e Urbanismo;

III - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público;

IV - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Econômica e Tributária;

V - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, de Apoio Comunitário e de Conflitos Agrários;

VI - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela das Fundações;

VII - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos dos Deficientes e Idosos;

Art. 2º Compete aos Centros de Apoio Operacional, dentro das respectivas áreas de atuação:

I - promover a articulação, a integração e o intercâmbio entre os órgãos de execução, inclusive para efeito de atuação conjunta ou simultânea, quando cabível;

II - propor, em conjunto com órgãos locais de execução, por solicitação destes e quando entender conveniente, as medidas judiciais pertinentes e, para tanto, requisitar laudos, certidões, informações, exames e quaisquer documentos diretamente dos órgãos públicos ou privados;

III - prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público na instrução de inquéritos civis, no acompanhamento de inquéritos policiais ou no desenvolvimento de medidas processuais;

IV - requisitar inquéritos, laudos, certidões, informações, exames e quaisquer documentos diretamente de órgãos públicos ou privados, bem como expedir notificações e, quando for o caso, requisitar condução coercitiva nos procedimentos de sua atribuição;

V - receber representações e expedientes e encaminhá-los aos órgãos de execução para as medidas adequadas;

VI - solicitar informações dos órgãos de execução sobre o andamento de representações, expedientes e inquéritos civis;

VII - sugerir ao Procurador-Geral de Justiça e à Corregedoria-Geral do Ministério Público a adoção de providências em relação aos órgãos de execução, em razão de omissão ou inoperância na apuração dos ilícitos noticiados;

VIII - remeter informações técnico-jurídicas aos órgãos de execução;

IX - manter arquivo informatizado e atualizado das petições iniciais das ações civis públicas e das portarias instauradoras, ajuizadas ou baixadas pelos órgãos de execução, acompanhando-os até o final de sua tramitação;

X - prestar atendimento e orientação às entidades com atuação na sua área;

XI - sugerir a realização de convênios e zelar pelo cumprimento das obrigações deles decorrentes;

XII - estabelecer intercâmbio permanente com entidades públicas ou privadas que, direta ou indiretamente, dediquem-se ao estudo ou à proteção dos bens, valores ou interesses relacionados com a sua área de atuação;

XIII - responder pela implementação dos planos e programas de sua área, em conformidade com as diretrizes fixadas;

XIV - representar o Ministério Público, quando cabível e por delegação do Procurador-Geral de Justiça, junto aos órgãos que atuam na respectiva área;

XV - acompanhar a política nacional e estadual referente à sua área de atuação, realizando estudos e oferecendo sugestões às entidades públicas e privadas com atribuições no setor;

XVI - manter permanente contato com o Poder Legislativo, federal e estadual, inclusive acompanhando o trabalho das comissões técnicas encarregadas do exame de projeto de lei na área de sua atuação;

XVII - expedir atos normativos, de caráter não vinculativo, relacionado às respectivas áreas de atuação;

XVIII - desenvolver estudos e pesquisas, criando ou sugerindo a criação de grupos e comissões de trabalho;

XIX - sugerir a realização de cursos, palestras e outros eventos;

XX - sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a formação de Grupos de Promotorias de Justiça para efeito de atuação conjunta e simultânea;

XXI - apresentar, anualmente, ao Procurador-Geral de Justiça sugestões para elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

XXII - apresentar ao Procurador-Geral de Justiça relatório anual das atividades do Ministério Público na sua área;

XXIII - exercer outras funções compatíveis com sua finalidade.

Art. 3º Os Centros de Apoio Operacional serão dirigidos por membros do Ministério Público designados Coordenadores pelo Procurador-Geral de Justiça, entre os Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça da mais elevada entrância e exercerão suas atribuições em todo o Estado.

§ 1º Os Procuradores de Justiça Coordenadores dos Centros terão atribuições concorrentes, em segunda instância, com o Grupo Especializado na Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos.

§ 2º Nos Centros de Apoio Operacional, podem ser criados setores para o melhor desempenho de suas funções.

Art. 4º Em cada comarca do Estado, haverá pelo menos um Promotor de Justiça incumbido da defesa dos bens, valores ou interesses relacionados com a área de atuação dos Centros de Apoio Operacional.

Art. 5º Para consecução do disposto no inciso IX, do art. 2º, deste ato, ficam os órgãos de execução de todo o Estado, nas áreas de atuação de que trata o art. 1º, obrigados a remeterem ao Coordenador do respectivo Centro de Apoio Operacional, cópia de todas as portarias inaugurais de procedimentos investigatórios instaurados (inquéritos civis públicos e procedimentos administrativos) e das petições iniciais de ações civis públicas ajuizadas.

Art. 6º Poderão ser designados outros membros do Ministério Público

para prestar serviços junto aos Centros de Apoio.

Parágrafo único. Estagiários do Ministério Público poderão atuar junto aos Centros de Apoio.

Art. 7º Os servidores do Quadro dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, de especialidade técnica e área de atuação pericial, poderão ficar lotados nos Centros de Apoio Operacional.

Art. 8º A Diretoria-Geral do Ministério Público providenciará os suportes administrativo e material necessários à efetiva implementação dos Centros de Apoio Operacional.

Art. 9º Este ato entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 21 de dezembro de 2.001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 14.09.2001

Republicada no Minas Gerais de 22.12.2001, com alteração

RESOLUÇÃO PGJ Nº 72, DE 20 DE SETEMBRO DE 2001

“Prorroga o prazo para a conclusão dos trabalhos previstos na Resolução nº 21/2001, que dispõe sobre título declaratório de apostilamento.”

Publicada no Minas Gerais de 22.09.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 74, DE 25 DE SETEMBRO DE 2001

“Dispõe sobre férias individuais dos membros do Ministério Público.”

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, usando das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 18, incisos XVII e LV, 122, § 5º e 123, caput, da Lei Complementar n.º 34, de 12 de setembro de 1994,

Considerando o expressivo número de cargos vagos na Carreira do

Ministério Público;

Considerando a impossibilidade temporária de instalação de Promotorias e Procuradorias, bem como do provimento de novos cargos de Promotor e Procurador de Justiça, criados pela Lei Complementar nº 061, de 12 de julho de 2.001, motivada pelas restrições do orçamento em execução;

Considerando que a realização e finalização de concurso de ingresso na carreira ainda demandará alguns meses;

Considerando a significativa inferioridade do número de membros do Ministério Público em relação ao número de Magistrados em todo o Estado;

Considerando, finalmente, a necessidade do cumprimento das atribuições que são conferidas à Instituição do Ministério Público, resolve:

Art. 1º Fica indeferido, por necessidade do serviço, o gozo de férias individuais, a que se refere o § 1º, do art. 122, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, a membros do Ministério Público, no período compreendido entre os dias 01 a 30 de outubro de 2.001.

Art. 2º O membro do Ministério Público que pretendesse iniciar o gozo de férias individuais, no período a que se refere o artigo anterior, deverá encaminhar requerimento ao Procurador-Geral de Justiça, para fins do disposto no § 5º, do art. 122, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, com a redação que lhe foi dada pela LC 61/2001, preferencialmente, até o dia 05 de outubro de 2.001.

Art.3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, aos 25 de setembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 26.09.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 86, DE 24 DE SETEMBRO DE 2001

Altera os membros da Comissão instituída para cumprimento dos fins previstos no art. 78 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Publicada no Minas Gerais de 28.09.2001

RESOLUÇÃO CSMP Nº 90, DE 01 DE OUTUBRO DE 2001

Regulamenta a licença em caráter especial, prevista no artigo 137, inciso II, da Lei Complementar nº 34/94, a saber:

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições e:

Considerando que a Lei Complementar 34/94, a teor dos artigos 133, inciso V e 137, inciso II, autoriza a concessão de Licença em Caráter Especial ao membro do Ministério Público, para a frequência a curso ou seminários de aperfeiçoamento e estudos no país ou no exterior;

Considerando que é de sua competência "autorizar, atendida a necessidade de serviço, o afastamento de membro do Ministério Público para, sem prejuízo de vencimentos e vantagens, frequentar curso ou seminário de aperfeiçoamento ou estudos, no país ou no exterior, de duração máxima de 02 (dois) anos, evidenciado o interesse da Instituição, a teor do artigo 33, inciso X, da Lei Complementar 34/94"; resolve:

Art. 1º A licença em caráter especial, prevista no artigo 33, inciso X, da Lei Complementar nº 34/94, para a frequência a curso ou seminários de aperfeiçoamento e estudos no país ou no exterior, será deferida ao membro do Ministério Público pelo prazo necessário à sua conclusão, observado o exposto abaixo:

I- o requerimento da licença deverá ser submetido ao Conselho Superior do Ministério Público até 04 (quatro) meses antes do início do curso ou seminário;

II- o requerimento deverá ser instruído com os seguintes documentos:

Certidão expedida pela Corregedoria-Geral do Ministério Público de que o interessado encontra-se com os seus serviços em dia, sendo essa auferição feita nos 03 (três) meses que antecederem o requerimento;

Certidão expedida pela Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre as licenças deferidas ao interessado, nos últimos 05 (cinco) anos;

Declaração expedida pelo Procurador-Geral de Justiça, atestando o evidente interesse da Instituição na realização do curso pretendido e assegurando a continuidade dos serviços do requerente, em razão do seu afastamento temporário;

Programa, grade curricular e plano de estudo ou projeto de pesquisa do curso ou seminário que se pretende fazer, guardando estrita relação com as funções exercidas pelo requerente;

Em se tratando de cursos de pós-graduação, a comprovação de que o

Certificado a ser emitido será reconhecido como válido pelo governo brasileiro;

Na impossibilidade de comprovação do cumprimento do requisito anterior, mediante declaração expedida por uma universidade pública do país, solicitar-se-á parecer, a respeito, de uma comissão composta por três integrantes do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com títulos de mestre ou doutor.

Parágrafo único. É dispensável a autorização do Conselho Superior, quando o afastamento for por período igual ou inferior a 05 (cinco) dias, bastando para tanto a autorização do Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 18, inciso XLIII, da Lei Complementar nº 34/94.

Art. 2º O Conselho Superior do Ministério Público apreciará o requerimento em caráter de urgência, o qual deverá ser julgado na segunda Sessão Ordinária, após a data do protocolo do requerimento.

§1º A Secretaria do Colegiado, ao proceder à distribuição do requerimento, certificará o atendimento ao disposto no artigo anterior.

§2º Caso o requerimento não esteja regularmente instruído, o Conselheiro-Relator determinará diligência para que o interessado o complemente, no prazo de 05 (cinco) dias.

Art. 3º O membro do Ministério Público interessado na licença especial poderá fazer sustentação oral perante o Conselho Superior, pelo prazo de 15 (quinze) minutos.

Art. 4º O Conselheiro-Relator poderá pedir esclarecimentos adicionais ao membro do Ministério Público interessado na licença especial, desde que não obstrua o prazo para julgamento do pedido, previsto no art. 2º.

Art. 5º Terá preferência no deferimento da licença o membro do Ministério Público que tenha menor número de cursos e títulos.

Art. 6º A licença de que trata a presente Resolução não será deferida ao membro do Ministério Público durante o estágio probatório ou submetido a Processo Disciplinar Administrativo, nos termos do artigo 137, § 2º, da Lei Complementar 34/94.

Art. 7º No decorrer do curso, incumbe ao interessado encaminhar, trimestralmente, ao Procurador-Geral de Justiça, que dará ciência aos demais componentes do Conselho Superior, comprovante de frequência e relatório dos trabalhos de que tenha então participado e/ou atividades desenvolvidas.

Art. 8º Concluído o curso ou seminário, o membro do Ministério Público licenciado apresentará ao Conselho Superior relatório circunstanciado sobre as atividades desenvolvidas e comprovante de aproveitamento, nos 30 (trinta) dias

subsequentes ao término da atividade desempenhada, nos termos do artigo 137, §§3º e 4º, da Lei Complementar nº 34/94.

Parágrafo único. O relatório final deverá ser apreciado pelo Conselho Superior, após parecer prévio de novo relator sobre o aproveitamento.

Art. 9º Se não comprovar o aproveitamento, nos 30 (trinta) dias subsequentes ao término da atividade desempenhada, o membro do Ministério Público perderá o tempo de serviço correspondente à licença especial, que será convertida automaticamente em licença sem vencimentos, devendo ser ressarcidos os valores percebidos a título de vencimentos e vantagens no período.

§1º Na mesma situação incorrerá aquele que deixar de concluir, injustificadamente, o curso ou seminário para o qual obteve a licença especial. A eventual justificativa deverá ser aprovada pelo Conselho Superior.

§2º O prazo de que trata o “caput” poderá ser prorrogado caso haja justificado impedimento para a apresentação da documentação exigida.

Art. 10. Salvo casos excepcionais, não se concederá a licença prevista nesta Resolução ao membro do Ministério Público que tiver gozado do benefício nos últimos 02 (dois) anos.

Art. 11. O membro do Ministério Público licenciado não pode exercer quaisquer de suas funções ou outra função pública ou particular.

Parágrafo único. Após o deferimento da licença e durante o período em que estiver afastado das suas funções ministeriais, não poderá o membro do Ministério Público movimentar-se na carreira.

Art. 12. No início de cada mandato do Conselho Superior do Ministério Público, após a apreciação das considerações e dos levantamentos estatísticos acerca dos quadros dos Promotores e Procuradores de Justiça, os quais deverão ser apresentados pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, deliberar-se-á sobre o número de licenças que poderão ser concedidas no decorrer do ano.

Parágrafo único. Excepcionalmente, por fatores supervenientes, o número acertado poderá ser ampliado ou reduzido pelo Conselho Superior, mediante provocação do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 13. Após o encerramento da licença, o integrante do Ministério Público deverá, obrigatoriamente, após prévio ajuste com a Direção do Centro de Aperfeiçoamento do Ministério Público e com a Corregedoria-Geral do Ministério Público, proferir palestras acerca de temas relacionados com o curso ou seminário realizado, bem como fornecer artigos para publicação nos periódicos da Instituição.

Art. 14. Reassumindo as suas funções, não poderá o membro do Ministério Público movimentar-se na carreira por período igual ao da licença concedida, salvo se o cargo pretendido tiver estrita correlação com o curso ou seminário de aperfeiçoamento e estudos realizado.

Art. 15. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se, expressamente, a Resolução nº 11/2000.

Belo Horizonte, 1 de outubro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 04.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 91, DE 04 DE OUTUBRO DE 2001

Institui o exame de seleção para concessão de auxílio aos estagiários do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuições que lhe confere o art. 94, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Fica instituído o exame de seleção como instrumento hábil para a concessão de auxílio aos estagiários, órgãos auxiliares do Ministério Público nos termos do art. 4º, IV, “e”, da Lei Complementar nº 34, de 1994.

Art. 2º O exame de seleção será realizado anualmente e vigorará por 1 (um) ano contado da data da publicação do resultado final da seleção, podendo ser prorrogado por até 6 (seis) meses, a critério do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 3º Estão aptos a inscreverem-se no exame de seleção os estudantes do curso de Direito que estiverem matriculados e regularmente frequentando, no mínimo, o 5º período ou equivalente para as escolas de regime anual.

§1º Os estagiários que colarem grau ou abandonarem o curso de Direito estarão, automaticamente, desligados do estágio independente da duração do mesmo.

§ 2º Os estagiários, que já exercem atividades junto ao Ministério Público poderão habilitar-se ao exame de seleção.

Art.4º O número de vagas disponíveis será estabelecido no edital do exame de seleção.

Art. 5º O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional controlará e comunicará ao Procurador-Geral de Justiça, o número de vagas disponíveis em relação a demanda manifestada, a qualquer tempo, pelos órgãos do Ministério Público.

Art. 6º O estágio terá duração máxima de 1 (um) ano, permitida renovação por igual período, a critério do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 7º O processo de seleção será promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público.

Parágrafo único. Ato do Procurador-Geral de Justiça, nomeará Comissão de Coordenação de Provas e Exames, composta por até 3 (três) integrantes, presidida pelo Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, com as seguintes atribuições:

I - elaborar o edital definindo os seus respectivos procedimentos;

II - elaborar as provas e fazer sua correção;

III - analisar os recursos cabíveis, nos termos do edital;

IV - tornar público o resultado do exame de seleção.

Art. 8º Ao Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público compete a designação dos candidatos aprovados.

Art. 9º O pagamento de auxílio será disponibilizado pela Diretoria-Geral mediante informação mensal, remetida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, e será efetuado até o último dia do mês, subsequente ao mês trabalhado.

Art. 10 A supervisão e a orientação do estágio serão exercidas pela chefia do setor de lotação do estudante bolsista.

Art. 11 Aplicam-se aos estagiários aprovados no exame de seleção para a concessão de auxílio o disposto na Resolução PGJ nº 6, de 22 de fevereiro de 1996.

Art. 12 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13 Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Portarias 404 e 405, de 27 de março de 2001, ficando convalidadas as inscrições para o exame de seleção de estagiários para a Região Metropolitana de Belo Horizonte, feitas durante a vigência da Portaria 405 de 2001.

Belo Horizonte, 04 de outubro de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 05.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 93, DE 01 DE OUTUBRO DE 2001

Fixa a lotação setorial dos cargos de provimento efetivo de Oficial do MP do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, por comarcas do interior.

Publicada no Minas Gerais de 06.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 94, DE 09 DE OUTUBRO DE 2001

Dispõe sobre a eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público e o respectivo procedimento.

O Procurador-Geral de Justiça, no exercício de suas atribuições, com fundamento no artigo 37, § 1º, da Lei Complementar nº 34/94, resolve regulamentar a eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, com a fixação das seguintes normas procedimentais:

Art. 1º São elegíveis para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público os Procuradores de Justiça no exercício das funções.

§ 1º O disposto no artigo 7º, incisos I a VII, da Lei Complementar nº 34/94 aplica-se à eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público.

§ 2º Qualquer membro do Ministério Público poderá, na forma do parágrafo anterior e nos cinco dias subsequentes à publicação da relação de candidatos inscritos, representar ao Procurador-Geral de Justiça acerca das causas de inelegibilidade, cabendo da decisão recurso à Câmara de Procuradores de Justiça no prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º Independente da apresentação de contra-razões, o recurso será julgado em sessão especial da Câmara de Procuradores de Justiça no prazo máximo de quarenta e oito horas.

Art. 2º O Procurador-Geral de Justiça, o Corregedor-Geral do Ministério Público, os Subcorregedores-Gerais do Ministério Público e os ocupantes de cargo de confiança na Administração Superior deverão, para concorrer ao cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, renunciar aos respectivos cargos até trinta dias antes da data fixada para a eleição.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no "caput" impede a concorrência do candidato à eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público.

Art. 3º A eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público far-se-á em sessão do Colégio de Procuradores de Justiça, convocada

na segunda quinzena do mês de dezembro dos anos ímpares, às 9 horas.

Parágrafo único. A convocação dos membros do Colégio de Procuradores de Justiça será efetuada pelo Procurador-Geral de Justiça, na forma do artigo 21 da Lei Complementar nº 34/94.

Art. 4º Compete ao Procurador-Geral de Justiça fazer publicar no órgão oficial, por duas vezes consecutivas, o edital referente à eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, bem como a divulgação do respectivo calendário.

Art. 5º O candidato ao cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público poderá inscrever-se no prazo de três dias, contado do primeiro dia útil subsequente à última publicação do edital.

§ 1º Recaindo o término do prazo de inscrição em dia em que não houver expediente na Procuradoria-Geral de Justiça, presumir-se-á prorrogado até o primeiro dia útil imediato.

§ 2º A inscrição como candidato far-se-á no horário de expediente regular da Procuradoria-Geral de Justiça, considerado este como de oito às dezoito horas, excetuados os sábados, domingos e feriados.

§ 3º Encerrado o prazo previsto no "caput", a relação de candidatos inscritos será publicada no órgão oficial.

Art. 6º Instalada a sessão do Colégio de Procuradores de Justiça, com a presença da maioria de seus membros, será iniciada, em primeira chamada às 9 horas e em última chamada às 11 horas, a eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público.

§ 1º O número insuficiente de membros do Colégio de Procuradores de Justiça, para a instalação da sessão, na forma prevista no "caput", importará a convocação de nova sessão para o dia imediato, realizando-se a eleição independente da verificação de quorum.

§ 2º A sessão será presidida pelo Procurador-Geral de Justiça ou, no caso de ausência, pelo Procurador de Justiça mais antigo na carreira.

§ 3º É vedado ao candidato inscrito a presidência da sessão.

Art. 7º A votação observará a ordem de antiguidade dos membros do Colégio de Procuradores de Justiça.

§ 1º O voto é obrigatório, pessoal e uninominal.

§ 2º O membro do Colégio de Procuradores de Justiça, convocado na forma do "caput", deverá indicar, em escrutínio secreto e na cédula oficial, 1 (um) candidato regularmente inscrito, cujo nome estará contido em etiqueta destacável, dentre os relacionados em ordem alfabética e respectiva codificação que permita a apuração pelo sistema eletrônico ou informatizado de votação.

§ 3º O descumprimento do disposto nos parágrafos anteriores implicará a nulidade do voto.

§ 4º É facultado ao candidato inscrito a abstenção do voto.

Art. 8º Encerrada a votação, compete ao presidente da sessão declarar o número de votos dos candidatos inscritos.

Art. 9º Será considerado eleito para o cargo de Corregedor-Geral do

Ministério Público, para mandato de dois anos, o candidato mais votado, prevalecendo, em caso de empate, o disposto no artigo 185, da Lei Complementar nº 34/94.

Art. 10. O Corregedor-Geral do Ministério Público será nomeado pelo Procurador-Geral de Justiça e empossado, com imediato exercício, em sessão especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

Art. 11. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 9 de outubro de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Aprovada na 8ª Sessão Ordinária da Egrégia Câmara de Procuradores de Justiça, realizada no corrente ano.

Publicada no Minas Gerais de 12.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 95, DE 11 DE OUTUBRO DE 2001 (republicação)

Cria a coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Comarcas integrantes da Bacia do Rio São Francisco e as sub-coordenadorias das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Comarcas integrantes das sub-bacias do Rio São Francisco na estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Histórico e Cultural e da Habitação e Urbanismo.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas, no uso de atribuições que lhe confere art. 75 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Fica criada a Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes da Bacia do Rio São Francisco, com o objetivo precípua de, em conjunto com as Promotorias de Justiça que as compõem, adotar medidas legais objetivando o aumento da quantidade e da qualidade das águas do Rio São Francisco e de seus tributários.

Parágrafo único. A Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes da Bacia do Rio São Francisco, com sede em Belo Horizonte, integra a estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente do Patrimônio Histórico e Cultural e da Habitação e Urbanismo.

Art. 2º Fica criada a Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente da Bacia do Rio Verde Grande, a Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Bacias do Rio Paracatu e do Rio Urucuia, a Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Bacias do Rio Paraopeba e do Rio das Velhas e a Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Alto Rio São Francisco.

Art. 3º A Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes da Bacia do Rio São Francisco e suas Sub-Coordenadorias serão dirigidas por membros do Ministério Público, designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 4º A Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes da Bacia do Rio São Francisco e suas Sub-Coordenadorias, têm por princípio auxiliar e dar suporte técnico, jurídico e administrativo às Promotorias de Justiça, objetivando contribuir de forma decisiva para que as leis ambientais sejam respeitadas e, se necessário, para que haja as adequadas ações reparadoras aos danos causados dos ambientes naturais.

Art. 5º Compete à Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente da Bacia do Rio Verde Grande, com sede no Município de Montes Claros, atender às Promotorias de Justiça das seguintes comarcas: Bocaiúva, Brasília de Minas, Coração de Jesus, Espinosa, Francisco Sá, Janaúba, Janaúria, Manga, Montalvânia, Monte Azul, Montes Claros, Porteirinha, São Francisco e São João da Ponte.

Art. 6º Compete à Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Bacias do Rio Paracatu e do Rio Urucuia, com sede no Município de Paracatu, atender às Promotorias de Justiça das seguintes comarcas: Arinos, Bonfinópolis de Minas, Buritis, João Pinheiro, Paracatu, São Romão, Unaí e Vazante.

Art. 7º Compete à Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Bacias do Rio Paraopeba e do Rio das Velhas com sede no Município de Sete Lagoas, atender às Promotorias de Justiça das seguintes comarcas: Belo Horizonte, Belo Vale, Betim, Bonfim, Brumadinho, Buenópolis, Caeté, Congonhas, Conselheiro Lafaiete, CONCEIÇÃO DO MATO DENTRO, Contagem, Corinto, Curvelo, DIAMANTINA, Entre Rios de Minas, Esmeraldas, Ibirité, Igarapé, Iguatama, Itabirito, Jaboticatubas, Lagoa Santa, Mateus Leme,

Matozinhos, Nova Lima, Ouro Preto, Paraopeba, Pedro Leopoldo, Pirapora, Sabará, Santa Luzia, Sete Lagoas e Várzea da Palma.

Art. 8º Compete à Sub-Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Alto do Rio São Francisco com sede no Município de Divinópolis, atender às Promotorias de Justiça das seguintes comarcas: Abaeté, Arcos, Bambuí, Bom Despacho, Carmo da Mata, Carmo do Cajuru, Cláudio, Divinópolis, Dolores do Indaiá, Iguatama, Itapeverica, Itaúna, Lagoa da Prata, Luz, Morada Nova de Minas, Nova Serrana, Pará de Minas, Pitangui, Pompéu, Santo Antônio do Monte, São Roque de Minas e Três Marias.

Art. 9º A Procuradoria-Geral de Justiça dotará a Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das comarcas integrantes das Bacias e Sub-Bacias do Rio São Francisco e suas Sub-Coordenadorias, de sede e estrutura necessárias ao cumprimento de suas obrigações, podendo, inclusive, firmar convênios com os órgãos afins.

Art. 10. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 11 de outubro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 24.11.2001

Republicada no Minas Gerais de 05.12.2001, com inclusão das comarcas de Diamantina e Conceição do Mato Dentro

RESOLUÇÃO PGJ Nº 96, DE 11 DE OUTUBRO DE 2001

Altera o Anexo I a que se refere o § 3º do art. 2º da Resolução nº 36 de 04 de julho de 2000.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuições que lhe conferem o art. 18, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 34 de 12 de setembro de 1994, e,

Considerando a necessidade de acréscimo e alterações de verbas denominadas Despesas Miúdas, para atendimento às Promotorias e Unidades Administrativas da Procuradoria-Geral de Justiça, resolve:

Art. 1º Fica alterado o Anexo I a que se refere o § 3º do art. 2º da Resolução nº 36, de 04 de julho de 2000, passando a vigorar na forma constante deste Anexo.

Anexo
(Anexo a que se refere o Art. 1º desta Resolução nº 96)

NATUREZA DO ADIANTAMENTO ÓRGÃOS	I COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES PARA VEÍCULOS EM VIAGEM	II REPAROS DE VEÍCULOS EM VIAGEM	III CONSERTO DE PNEUS	IV TRANSPORTE URBANO EM VIAGEM	VI DESPESA MIÚDA E DE PRONTO PAGAMENTO	VII EVENTUAIS DE GABINETE
CAO COM ATÉ					ATÉ 120,00	
09 PROMOTORES						
CAO COM 10 OU MAIS					ATÉ 180,00	
PROMOTORES (EXCETO BH)						
PROMOTORIAS ESPECIAIS - BH E CAO-BH					ATÉ 180,00	
DIRETORIA DE SERVIÇOS	2.000,00	ATÉ 100,00	ATÉ 100,00		ATÉ 600,00	
GERAIS E TRANSPORTE						
DIRETORIA DE MATERIAL E					ATÉ 600,00	
PATRIMÔNIO						
CENTRO DE ESTUDOS E A P E R F . FUNCIONAL					ATÉ 200,00	
ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL					ATÉ 200,00	
PROCURADOR- GERAL						550,00
DE JUSTIÇA						
PROCURADOR- GERAL						550,00
DE JUSTIÇA ADJUNTO						
CORREGEDOR- GERAL						550,00
CHEFE DE GABINETE						380,00
SERVIDORES EM VIAGEM				ATÉ 100,00		

OBS: 1) Os valores expressos neste quadro correspondem aos valores máximos por adiantamento, podendo haver adiantamentos de menor valor, a critério do Ordenador de Despesa e de acordo com a disponibilidade orçamentária e financeira.

2) Os adiantamentos dos incisos III, VI e VII, do Art. 2º, são limitados ao máximo de 12 (doze) para cada exercício financeiro.

Art. 2º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 11 de outubro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 12.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 99, DE 17 DE OUTUBRO DE 2001

“Delega competências ao Secretário-Geral”

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais que lhe conferem o art. 69, inciso XIII, e art. 18, § 1º da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Delegar ao Secretário-Geral, na impossibilidade do Procurador-Geral de Justiça Adjunto, as atribuições a que se referem os arts. 4º, 8º e 19 da Resolução nº 46, de 04 de outubro de 2000.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 24.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 102, DE 26 DE OUTUBRO DE 2001

Dispõe sobre a eleição para o Conselho Superior do Ministério Público e o respectivo procedimento.

O Procurador-Geral de Justiça, no exercício de suas atribuições, com fundamento no artigo 28, § 1º, da Lei Complementar nº 34/94, resolve regulamentar a eleição para o Conselho Superior do Ministério Público, com a fixação das seguintes normas procedimentais:

Art. 1º São elegíveis para o Conselho Superior do Ministério Público os Procuradores de Justiça em atividade.

§ 1º Aplica-se à eleição dos membros do Conselho Superior do Ministério Público o disposto no artigo 7º, I a VII, da Lei Complementar nº 34/94.

§ 2º Qualquer membro do Ministério Público poderá, na forma dos parágrafos anteriores e nos três dias subsequentes à publicação da relação de candidatos inscritos, representar à comissão eleitoral acerca das causas de inelegibilidade, cabendo da decisão recurso à Câmara de Procuradores de Justiça, no prazo de cinco dias.

§ 3º Independente da apresentação de contra-razões, o recurso será julgado em sessão especial da Câmara de Procuradores de Justiça, no prazo máximo de quarenta e oito horas.

§ 4º O recurso será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, sendo os votos considerados nulos, no caso de desprovimento.

Art. 2º A comissão eleitoral será indicada pelo Procurador-Geral de Justiça no primeiro dia imediatamente posterior à publicação desta Resolução, sendo composta de três membros efetivos e três suplentes.

§ 1º A comissão eleitoral não poderá ser integrada por candidato ao Conselho Superior do Ministério Público, sob pena de ineficácia da inscrição.

§ 2º A comissão eleitoral será composta por membros do Ministério Público em atividade e no exercício das funções.

§ 3º A presidência da comissão eleitoral será exercida, entre os indicados, pelo membro do Ministério Público mais antigo na entrância, prevalecendo, em caso de empate, o disposto no artigo 185, da Lei Complementar nº 34/94.

§ 4º Compete à comissão eleitoral fazer publicar no Órgão Oficial, o edital de convocação para a eleição do Conselho Superior do Ministério Público,

com a divulgação do respectivo calendário.

§ 5º A publicação do edital far-se-á no expediente reservado ao Ministério Público no Órgão Oficial, no dia de circulação subsequente à composição da comissão eleitoral.

Art. 3º A publicação do edital previsto no § 4º do artigo anterior implica a convocação dos membros do Ministério Público para o cumprimento da obrigação eleitoral.

Art. 4º O candidato ao Conselho Superior do Ministério Público poderá inscrever-se no prazo de cinco dias, contado do primeiro dia útil subsequente à 2ª publicação do edital de convocação para a eleição.

§ 1º Reaindo o término do prazo de inscrição em dia em que não houver expediente na Procuradoria-Geral de Justiça, presumir-se-á prorrogado até o primeiro dia útil imediato.

§ 2º A inscrição como candidato far-se-á no horário de expediente regular da Procuradoria-Geral de Justiça, considerado este como de oito às dezoito horas, excetuados os sábados, domingos e feriados.

§ 3º O candidato deverá declarar não incidir nas hipóteses de inelegibilidade referidas no artigo 29, da Lei Complementar nº 34/94.

§ 4º Encerrado o prazo previsto no "caput", a relação dos candidatos inscritos será publicada no Órgão Oficial.

§ 5º A renúncia à inscrição somente será admitida até as 18 (dezoito) horas, do 3º (terceiro) dia útil anterior à data designada para a remessa do material específico para a eleição.

Art. 5º A eleição para o Conselho Superior do Ministério Público dar-se-á no dia 14/12/2001, de oito às dezessete horas, na Procuradoria-Geral de Justiça.

Art. 6º Os eleitores da Capital votarão no local e horário indicados no artigo anterior, ressalvada a ausência justificada na data da eleição.

§ 1º No caso de ausência justificada, o eleitor deverá comunicar o fato à comissão eleitoral até três dias úteis antes do pleito, recebendo, neste caso, o material para votação por via postal.

§ 2º A comissão eleitoral, em decisão irrecorrível, poderá recusar a entrega do material de votação se considerar, por maioria de votos dos membros efetivos, insubsistente o motivo indicado para a ausência.

Art. 7º Os eleitores do interior votarão por via postal, utilizando o material enviado pela comissão eleitoral.

§ 1º O voto por correspondência deverá ser postado imediatamente ao

recebimento do material e remetido ao presidente da comissão eleitoral dentro de sobrecarta de endereçamento, com a indicação do remetente.

§ 2º A sobrecarta contendo o voto recebido por via postal será registrada com a indicação do remetente e, preservado o sigilo, depositada em urna própria pela comissão eleitoral para apuração simultânea, observado o disposto nos artigos 5º e 12.

§ 3º É facultado ao membro do Ministério Público lotado no interior do Estado o afastamento da comarca para o exercício do voto na forma do artigo 5º, salvo se efetivada a votação por via postal.

Art. 8º O material de votação é composto de envelope próprio, cédula oficial de aposição de votos, adesivos de votos válidos e sobrecarta de endereçamento.

§ 1º Serão considerados nulos os votos:

I - O voto remetido em sobrecarta aberta, sem a rubrica ou o nome do remetente, bem como aquele que permita, por qualquer modo, a identificação do eleitor;

II - Os votos em que não sejam utilizados os adesivos de votos válidos;

III - Os votos em que sejam utilizados adesivos sobrepostos uns aos outros;

§ 2º O voto na Capital será registrado exclusivamente em cédula oficial.

Art. 9º A Procuradoria-Geral de Justiça fornecerá, em tempo hábil, o material necessário à realização da eleição.

§ 1º A cédula oficial de aposição de votos será rubricada pelos membros efetivos da comissão eleitoral.

§ 2º O formulário de adesivos de votos válidos conterá etiquetas destacáveis com a relação nominal dos candidatos, regularmente inscritos, em ordem alfabética, e respectiva codificação eletrônica que permita sua apuração pelo sistema informatizado adotado.

§ 3º O eleitor poderá indicar, no máximo, 9 (nove) nomes de candidatos, sob pena de nulidade do voto.

Art. 10. Os votos serão recolhidos em urna lacrada e rubricada pelos membros efetivos da comissão eleitoral.

Art. 11. São eleitores os membros do Ministério Público em atividade.

Parágrafo único: O voto é obrigatório, pessoal e secreto.

Art. 12. Encerrado o prazo de votação, proceder-se-á, publicamente, a imediata apuração dos votos mediante sistema eletrônico ou informatizado, podendo ser complementada ou substituída através da utilização de método

convencional.

§ 1º Mediante solicitação dos integrantes da comissão eleitoral, assistirão os trabalhos integrantes indicados pela Diretoria de Informática da Procuradoria-Geral de Justiça.

§ 2º Serão considerados eleitos para o Conselho Superior do Ministério Público os 9 (nove) candidatos mais votados, prevalecendo, em caso de empate, a antigüidade no cargo de Procurador de Justiça.

§ 3º Os Procuradores de Justiça eleitos para integrar o Conselho Superior do Ministério Público serão automaticamente substituídos, no caso de vacância, pelos suplentes, assim considerados os Procuradores de Justiça que se seguirem na ordem de votação.

§ 4º Serão investidos no mandato tantos integrantes do Colégio de Procuradores de Justiça mais antigos quantos forem necessários para a composição do Conselho Superior do Ministério Público, se os inscritos à eleição não atingirem o número de vagas.

Art. 13. A posse e o exercício dos membros eleitos do Conselho Superior do Ministério Público efetivar-se-ão na segunda quinzena do mês da eleição, em sessão solene do Colégio de Procuradores de Justiça, convocada pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 14. Os membros do Conselho Superior do Ministério Público serão eleitos para mandato de um ano.

Art. 15. A relação dos membros do Ministério Público que deixaram de votar, injustificadamente, será remetida pela comissão eleitoral à Corregedoria-Geral do Ministério Público para inscrição nos assentos funcionais.

Art. 16. Os casos omissos serão resolvidos pela comissão eleitoral, por maioria de votos de seus integrantes.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Aprovada, por unanimidade, na 4ª Sessão Extraordinária da Egrégia Câmara de Procuradores de Justiça, exercício de 2001.

Publicada no Minas Gerais de 27.10.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 103, DE 30 DE OUTUBRO DE 2001
(republicação)

Regulamenta o disposto no § 1º do art. 177, da Lei Complementar nº 34, de 12 setembro de 1994, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o § 1º do art. 177 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001.

Considerando a necessidade de regulamentar o § 1º do art. 177 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, com nova redação dada pela Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre direito de o Promotor de Justiça, se promovido, permanecer na comarca elevada de entrância, via remoção;

Considerando que o dispositivo em questão não regulamentou a formalização da posse do Promotor de Justiça junto à Promotoria de Justiça para a qual foi promovido, e da qual retornará, via remoção, para o cargo a comarca de origem;

Considerando que, diante dessa lacuna, tem-se aplicado a norma geral, prevista no § 4º do art. 180, que dispõe que a posse do Promotor de Justiça deve se dar na sede da respectiva Promotoria de Justiça para a qual foi promovido;

Considerando que essa prática, em desacordo com os princípios da continuidade dos serviços públicos, da eficiência, da razoabilidade e da economicidade, tem causado prejuízos para os serviços públicos afetos ao Ministério Público, na medida em que tem obrigado o Promotor de Justiça promovido a ficar afastado, por vários dias, da Promotoria de Justiça de origem, objetivando tomar posse no cargo em outra comarca e aguardar a publicação do ato de remoção para, só então, voltar a trabalhar, a partir da lavratura de novo termo de posse na comarca onde permaneceu;

Considerando que a aplicação da norma genérica, sem a observância de outros dispositivos da LC 34/94, tem causado transtornos para os Promotores de Justiça promovidos, na medida em que, além de serem obrigados a custear os

gastos decorrentes daquelas viagens, ainda ficam desnecessariamente expostos a riscos de acidente de trânsito;

Considerando que o direito previsto no citado § 1º do art. 177, da Lei Complementar 34/01 é exercitado por Juízes de Direito, conforme previsão constante da Lei de Organização Judiciária (LC 59/01), sem a necessidade dos citados deslocamentos, tudo se resolvendo, naquela Instituição, com a lavratura de um “Termo de Permanência” na comarca de origem;

Considerando a decisão unânime do Conselho Superior do Ministério Público, proferida em reunião ordinária, datada de 29 de outubro de 2001; resolve:

Art. 1º Na hipótese de promoção na carreira a que se refere o § 1º do art. 177 da Lei Complementar 34, de 12 de setembro de 1994, com a nova redação dada pelo art. 1º, da Lei Complementar nº 61, de 12.07.2001, fica o membro do Ministério Público dispensado de comparecer à Promotoria de Justiça para a qual foi promovido, objetivando tomar posse e entrar em exercício.

Art. 2º O Procurador-Geral de Justiça, uma vez aprovada a promoção pelo Conselho Superior do Ministério Público, fará publicar, no órgão de Imprensa oficial do Estado, os atos de promoção e o de remoção, dos quais resultam o direito de o Promotor de Justiça permanecer na Promotoria de Justiça de origem.

§ 1º O Promotor de Justiça removido lavrará, na data da publicação dos atos a que se referem o “caput”, termo de posse e exercício circunstanciado, cujo modelo será disponibilizado pela Diretoria de Pessoal, devendo encaminhar incontinentemente cópia à Corregedoria-Geral do Ministério Público e Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, para registro e controle.

§ 2º Compete à Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça encaminhar cópia do termo referido no parágrafo anterior à Promotoria de Justiça da qual o Promotor de Justiça foi removido, para que seja anexado no livro de registro de posses e remoções.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

ANEXO

TERMO DE POSSE E EXERCÍCIO

(Resolução nº 103/2001)

(Ato do Procurador-Geral de Justiça, publicado no Minas Gerais de 08.11.2001, haja vista a necessidade de qualificação do Promotor de Justiça no respectivo termo de posse e exercício.)

Aos ____ dias do mês de _____ do ano de 2001 (dois mil e um), eu, _____ (nome legível), _____ (qualificação completa), Promotor de Justiça da comarca de _____, de _____ (Entrância), promovido para o cargo de ____ Promotor de Justiça da comarca de _____, de _____ (Entrância), assumi as funções do ____ cargo de Promotor de Justiça, da comarca de _____, de _____ (Entrância), para o qual fui removido, a pedido, conforme previsto no artigo 177 da Lei Complementar n.º 34, de 12 de setembro de 1994, com a nova redação dada pela Lei Complementar n.º 61, de 12 de julho de 2001. Para tanto, foram publicados os respectivos atos no Órgão Oficial do Estado de Minas Gerais, no dia ____ de _____ de 2001. Em observância ao previsto no § 1º, da Resolução n.º 103/2001, do Conselho Superior do Ministério Público, lavrei o presente termo, que será encaminhado à Corregedoria-Geral do Ministério Público e Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, para registro e controle.

Belo Horizonte, _____, de _____ de 2001.
Promotor de Justiça

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 31.10.2001

Republicada no Minas Gerais de 01.11.2001, face acréscimo do anexo relativo ao modelo do Termo de Posse e Exercício

Anexo republicado no Minas Gerais de 08.11.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 107, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2001

Institui Comissão para os fins previstos no artigo 3.º do Decreto n.º 42.061, de 31 de outubro de 2001.

Publicada no Minas Gerais de 20.11.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 108, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2001

Institui Comissão para os fins previstos no artigo 3.º do Decreto n.º 42.061, de 31 de outubro de 2001.

Publicada no Minas Gerais de 20.11.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 109, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2001

Institui Comissão para os fins previstos no artigo 3.º do Decreto n.º 42.061, de 31 de outubro de 2001.

Publicada no Minas Gerais de 20.11.2001

RESOLUÇÃO CAM PJ Nº 111, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2001

Modifica as atribuições dos 3º e 6º cargos de Promotor de Justiça, da 1ª Promotoria de Justiça, com atuação junto ao Juízo da Fazenda Pública, da comarca de Belo Horizonte, de Entrância Especial.

Publicada no Minas Gerais de 22.11.2001

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 112, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2001
(republicação)**

“Dispõe sobre férias individuais dos membros do Ministério Público.”

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, usando das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 18, incisos XVII e LV, 122, SS 5º e 123, caput, da Lei Complementar n.º 34, de 12 de setembro de 1994,

Considerando o expressivo número de cargos vagos na Carreira do Ministério Público;

Considerando a impossibilidade temporária de instalação de Procuradorias e Promotorias, bem como do provimento de novos cargos de Procurador e Promotor de Justiça, criados pela Lei Complementar nº 061, de 12 de julho de 2001, motivada pelas restrições do orçamento em execução;

Considerando que a realização e finalização de concurso de ingresso na carreira, ainda demandará alguns meses;

Considerando a significativa inferioridade do número de membros do Ministério Público, em relação ao número de Magistrados em todo o Estado;

Considerando, finalmente, a necessidade do cumprimento das atribuições que são conferidas à Instituição do Ministério Público, resolve:

Art. 1º Fica indeferido, por necessidade do serviço, o gozo de férias individuais, a que se refere o § 1º, do art. 122, da Lei Complementar nº 034 de 12 de setembro de 1994, a membros do Ministério Público, no período compreendido entre o dia 01 a 30 de dezembro de 2001.

Art. 2º O membro do Ministério Público que pretendesse iniciar o gozo de férias individuais, no período a que se refere o artigo anterior, deverá encaminhar requerimento ao Procurador-Geral de Justiça, para fins do disposto no § 5º, do art. 122 da Lei Complementar nº 034 de 12 de setembro de 1994, com a redação que lhe foi dada pela LC 61/01, até o dia 20 de dezembro de 2001.

Art. 3º O exercício do direito objeto do artigo anterior é incompatível com o gozo de compensação de plantões de finais de semana e similares, bem como de férias-prêmio, no período a que alude o art. 1º deste ato.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, aos 26 de novembro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 28.11.2001

Republicada no Minas Gerais de 29.11.2001, com alteração no Art. 2º

RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 113, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2001

“Institui o plantão voluntário dos Procuradores de Justiça no mês de Janeiro.”

O Procurador-Geral de Justiça Adjunto do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 18, XLV, da Lei Complementar nº34/94 e no art. 10 da Resolução nº 62/2000, ao instituir o plantão voluntário no âmbito das Procuradorias de Justiça juntos aos Tribunais Estaduais, durante as férias forenses, resolve:

Art. 1º Fica instituído o plantão voluntário dos Procuradores de Justiça no mês de janeiro, com o objetivo de agilizar o exame dos processos criminais e cíveis pendentes de manifestação do Ministério Público.

Art. 2º Os membros da Procuradoria de Justiça deverão dirigir requerimento ao Procurador de Justiça Coordenador até o final da primeira quinzena do mês de dezembro. A ele competirá, observada a antigüidade e o rodízio, encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto o rol dos interessados.

Art. 3º Incumbirá ao Coordenador averiguar, no âmbito da Superintendência Judiciária, a existência de processos em número suficiente para justificar a implementação do referido plantão.

Art. 4º A escala de plantão será formada adequando-se o número de Procuradores à demanda de processos recebidos.

Art. 5º A antigüidade será observada nas respectivas Procuradorias, facultando-se ao Procurador optar pelo plantão em outra área, havendo processos excedentes.

Art. 6º Não poderá ser designado para o plantão voluntário o Procurador de Justiça que detiver processo além do prazo designado pela Administração Superior.

Art. 7º O prazo para devolução dos processos obedece ao estipulado pela Câmara de Procuradores.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2001
JACSON CAMPOMIZZI
Procurador-Geral de Justiça Adjunto

Publicada no Minas Gerais de 29.11.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 115, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2001

Dispõe sobre critérios de designação de membros do Ministério Público, Comarca de Governador Valadares, para oficiarem na Turma Recursal do Juizado Especial Cível e Criminal.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 18, LV, da Lei Complementar n. 34/94, objetivando fixar critérios objetivos para a designação de membros do Ministério Público, Comarca de Governador Valadares, para oficiarem na Turma Recursal do Juizado Especial Cível e Criminal, resolve:

Art. 1º Fica instituído o sistema de rodízio mensal entre os Promotores de Justiça da Comarca de Governador Valadares, na ordem crescente das respectivas Promotorias de Justiça, para atuarem perante a Turma Recursal do Juizado Cível e Criminal.

§ 1º Caso a Promotoria de Justiça a que competiria atuar no Juizado Especial Cível e Criminal esteja vaga ou com o titular afastado temporariamente, por prazo que prejudique sua atuação, os Promotores de Justiça Substitutos em exercício na comarca, pela ordem de antigüidade decrescente, serão responsáveis pelas respectivas funções.

§ 2º Na ausência de Promotor de Justiça Substituto em exercício na Comarca, ou já tendo os existentes atuado perante as Turmas Recursais por dois períodos durante o mesmo ano, o designado será aquele que suceder o substituído na escala.

§ 3º O pedido de gozo de férias ou compensação de plantão de fim de semana em dias úteis, na hipótese em que o interessado deveria atuar, no respectivo período de afastamento, perante a Turma Recursal, deverá ser instruído com a aquiescência do Diretor do Centro de Apoio Operacional - CAO -, onde houver, e do Promotor de Justiça que figure na escala do mês subsequente.

§ 4º O substituído, encerrada a ausência, deverá cumprir o período mensal subsequente a seu retorno.

§ 5º Não haverá incidência do sistema de rodízio durante as férias forenses, devendo responder pelos trabalhos do Ministério Público junto à Turma Recursal do Juizado Especial Cível e Criminal os Promotores de Justiça plantonistas.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 14.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 116, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2001

“Designa membro para compor Comissão,
constituída pela Resolução nº 109 de 2001.”

Publicada no Minas Gerais de 07.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 117, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2001

“Designa membro para compor Comissão,
constituída pela Resolução nº 107 de 2001.”

Publicada no Minas Gerais de 07.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 118, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2001

“Designa membro para compor Comissão ,
constituída pela Resolução nº 108 de 2001.”

Publicada no Minas Gerais de 07.12.2001

RESOLUÇÃO CAM PJ Nº 119, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2001

Regulamenta as atribuições das Promotorias de
Justiça da comarca de Lavras.

Publicada no Minas Gerais de 15.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 121, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2001

Regulamenta o disposto no artigo 23, da Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

Considerando que o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor/ PROCON-MG é órgão vinculado à Procuradoria-Geral de Justiça, consoante o disposto no artigo 23, da Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001;

Considerando que o PROCON-MG tem atribuições em todo o Estado de Minas Gerais; resolve:

Art. 1º Para fins exclusivos do disposto no artigo 23, seus incisos e parágrafos, da Lei Complementar Estadual nº 61, de 12/07/01, designar os Promotores de Justiça do interior do Estado que detenham atribuições perante a Promotoria Especializada de Defesa do Consumidor para, em cooperação com a Promotoria de Defesa do Consumidor, da capital, desempenharem as funções próprias de autoridades administrativas do PROCON-MG, no âmbito de suas respectivas comarcas.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário, especialmente o Ato do Procurador-Geral de Justiça de 02/02/2000.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 19.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 122, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2001

Cria o Núcleo de Recursos Humanos, que funcionará como órgão de planejamento e execução vinculado à Diretoria-Geral.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 18, XVII, da Lei Complementar nº 34, de 12/09/94;

Considerando que a valorização dos recursos humanos é instrumento indispensável para a promoção da melhoria do desempenho funcional;

Considerando que os servidores devem ser locados conforme o seu potencial e a sua qualificação, visando ao seu melhor aproveitamento no serviço público;

Considerando que a maior qualidade e produtividade dos serviços públicos depende de uma boa qualificação dos profissionais, por meio de treinamento e atualização dos servidores;

Considerando que a busca de tecnologia mais avançada, com a implantação de novos métodos e técnicas de serviço, propicia a desburocratização dos serviços públicos;

Considerando que há a necessidade de um órgão bem estruturado e capaz de atender aos interesses dos servidores públicos e da Administração Superior, conciliando-os; resolve:

Art. 1º Criar o Núcleo de Recursos Humanos, que funcionará como órgão de planejamento e execução vinculado à Diretoria-Geral.

Parágrafo único As atribuições desse órgão constarão de ato administrativo específico.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2001

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 21.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 123, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2001

Dispõe sobre a constituição de Comissão destinada a estudar a criação de fundos de interesse do Ministério Público.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições que lhe confere o art. 18, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994;

Considerando a necessidade urgente de concluir estudos sobre a criação

de fundos vinculados a atuação do Ministério Público;

Considerando que a publicação das leis estaduais nºs 14.086 e 14.087 (Minas de 07.12.2001), alterando normas legais e constitucionais relativas as atribuições do Ministério; Resolve:

Art. 1º Criar uma Comissão Composta dos Promotores de Justiça Dr. Paulo Calmon Nogueira da Gama e Francisco José Lins do Rego Santos e do servidor Antônio Marcelo Campos Campanella (Presidida pelo primeiro), para estudo e proposição de anteprojeto de leis relativas a normatização de fundos, diretamente vinculados a interesse Institucional.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 21.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 125, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2001

Disciplina mutirão em inquéritos policiais e processos criminais no plantão referente ao mês de janeiro do ano de 2002.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de atribuições legais, e,

Considerando a constatação, pela Administração Superior, da multiplicidade de feitos criminais com prazos de manifestação extrapolados, contexto presente em diversas comarcas do Estado, aferição decorrente mormente de correições ordinárias realizadas pela Corregedoria-Geral do Ministério Público, assim como pelas comunicações efetivadas por órgãos de execução nos termos da Resolução Conjunta nº 01/93/PGJ/CGMP;

Considerando que os atrasos verificados têm motivado reiterados reconhecimentos de extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal, gerando não só notória impunidade, como outrossim desprestígio institucional, haja vista encerrar o Ministério Público a atribuição exclusiva de promover as persecuções penais públicas;

Considerando que a aferição do contexto indesejado exige da Administração Superior esforços no sentido de enfrentar a demanda laborativa em atraso, evitando-se a persistência do status quo declinado;

Considerando, por fim, a necessidade de que o desforço visando enfrentar o acervo em atraso demanda disciplinamento objetivo, que busque otimizar o serviço, observando critérios de prioridade, racionalidade e eficiência, consoante prelecionado no artigo 18, inciso LV, da Lei Complementar nº 34/94, resolve:

Art. 1º Fica implementado, no mês de janeiro do ano de 2002, mutirão de Promotores de Justiça com o objetivo de officiar em inquéritos policiais e processos criminais com prazos de manifestação extrapolados.

Art. 2º Somente serão objeto do mutirão inquéritos policiais concluídos, assim como processos criminais com vista para alegações finais e contra-razões recursais.

§ 1º Consideram-se inquéritos policiais concluídos as peças informativas formalizadas pela Polícia Judiciária, dotadas de relatório conclusivo da Autoridade Policial (artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal), instruídas com folha de antecedentes criminais, informações de vida pregressa e eventuais certidões imprescindíveis à avaliação, pelo Promotor de Justiça oficiante no plantão, sobre a pertinência de propositura de medida de cunho despenalizador, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

§ 2º Se, porventura, o inquérito policial não estiver instruído com as certidões a que se refere o parágrafo anterior, o Promotor de Justiça participante do mutirão, não sendo o caso de arquivamento, oferecerá desde logo a denúncia eventualmente cabível, deixando para o Titular do feito a propositura ou não da suspensão condicional do processo ou da transação penal, caso a pena cominada comporte esses benefícios;

§ 3º Excepcionalmente, a critério da Procuradoria-Geral de Justiça, poderão ser incluídos no acervo de feitos do mutirão procedimentos afeitos à Promotoria de Justiça Cível, ao Juizado Especial Criminal e à Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 3º Serão designados para o mutirão, obrigatoriamente, os Promotores de Justiça em estágio probatório cuja situação funcional incida na hipótese do artigo 122, § 3º, da Lei Complementar nº 34/94, desde que estes não estejam designados para oficiarem em Promotoria de Justiça de comarca-sede de plantão forense, além de outros Promotores de Justiça que hajam manifestado interesse até a data da publicação desta Resolução.

Parágrafo único. Não poderão participar do mutirão Promotores de Justiça que, em iniciativas anteriores desta natureza, não tenham devolvido a totalidade dos autos tempestivamente, ou, de outra forma, demonstraram inaptidão no cumprimento de objetivos estipulados quando do mutirão desenvolvido.

Art. 4º O Promotor de Justiça que militar no mutirão deverá receber 120 (cento e vinte) feitos junto à própria Promotoria de Justiça destinatária da indicação, onde também devolvê-los-ão pessoalmente, mediante recibo ou certidão expedidos pelo Oficial do Ministério Público ou pelo próprio Promotor de Justiça titular, impreterivelmente, até o dia 04 de fevereiro de 2002.

§ 1º Não se aplica o número de feitos referido no caput quando o mutirão for realizado em Promotoria de Justiça responsável pelo Juizado Especial Criminal ou da Infância e Juventude, hipótese em que todo o volume de autos em atraso será partilhado e entregue à equipe de Promotores de Justiça designada, independentemente da quantidade.

§ 2º Os deslocamentos, quando necessários, dos plantonistas, para efeito de recebimento e descarga dos autos, não darão direito à percepção de diárias.

§ 3º O não-cumprimento do prazo a que se refere o parágrafo anterior importará em comunicação à Corregedoria-Geral do Ministério Público para adoção das providências cabíveis.

Art. 5º O Promotor de Justiça que participar do mutirão, adequando-se aos termos do artigo anterior, poderá requerer a respectiva compensação, para gozo oportuno de férias compensatórias.

Parágrafo único. O pedido deverá ser instruído, obrigatoriamente, com o recibo ou certidão a que se refere o art. 4º.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 21 de dezembro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 22.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 126, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001

Estabelece normas para a atuação das Promotorias de Tutela das Fundações do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto no artigo 17, LV, da Lei Complementar Estadual nº. 34, de 12 de setembro de 1994;

Considerando que constitui incumbência do Ministério Público Estadual velar pelas fundações no Estado onde se achem situadas ou em que exercem atividades;

Considerando que essa função deve ser exercida, particularmente, através do exame da documentação necessária à instituição de fundações (especialmente escritura ou testamento e estatuto) e do velamento efetivo e constante dos atos praticados por seus administradores; resolve:

Sugerir que se observem as seguintes normas na atuação das Promotorias de Justiça com atribuição para o velamento das Fundações no Estado de Minas Gerais:

CAPÍTULO I **DO EXAME, ELABORAÇÃO E APROVAÇÃO DOS ATOS DE** **INSTITUIÇÃO DE FUNDAÇÃO** **SEÇÃO I** **DO EXAME PRELIMINAR**

Art. 1º Aquele que pretender instituir uma fundação de direito privado poderá requerer ao órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, exame preliminar e informal da minuta dos atos constitutivos da entidade.

Parágrafo único. Para tanto, deverá o interessado apresentar:

- I.** estudo de viabilidade econômica e financeira da fundação;
- II.** minuta do estatuto da fundação ou da escritura pública de instituição, contendo o estatuto ou cópia do testamento, se for o caso.

Art. 2º O estudo de viabilidade tem como objetivo a coleta de dados e

informações para demonstrar a viabilidade e auto-sustentação da fundação no plano jurídico e econômico, partindo-se da premissa de que o patrimônio mínimo para instituição de uma fundação há de ser analisado em consonância com:

- I. seus objetivos;
- II. sua estrutura mínima a título de recursos materiais e humanos para o início das atividades;
- III. o potencial de desenvolvimento auto-sustentável das atividades a que se propõe;
- IV. sua estratégia e potencial de captação externa de recursos;
- V. seu cronograma para implementação efetiva e definitiva de todas as finalidades previstas em seu estatuto.

Art. 3º O estudo de viabilidade conterá:

I. exposição de motivos - justificativa da motivação, necessidade e pretensões envolvendo a instituição da fundação;

II. descrição pormenorizada dos objetivos da fundação e a forma de alcançar cada um destes - informações sobre as atividades a serem desenvolvidas para alcançar cada um destes objetivos;

III. descrição detalhada da dotação inicial; das formas de acréscimo do patrimônio; das fontes de rendas e receitas; bem como comprovação de serem as mesmas bastantes à instituição da fundação, ao início de suas atividades mínimas e ao total implemento, em momento posterior, de suas atividades, no sentido de cumprir todos os objetivos elencados em seu estatuto;

IV. dados técnico-administrativos - descrição e quantificação da estrutura física mínima necessária para abrigar a fundação (casa, sala, loja, galpão, lote, fax, computador, telefone, móveis, maquinário, etc.) e dos recursos humanos necessários ao início do desenvolvimento das atividades (secretária, voluntários, motorista, etc.), bem como dos referidos dados quando a fundação estiver em plena atividade;

V. dados econômicos - descrição dos valores unitários de cada um dos componentes descritos no inciso anterior; do montante de recursos necessários para o início das atividades; da estimativa do montante necessário para o custeio mensal das atividades da fundação em seu início e quando no cumprimento de todos os seus objetivos; do montante disponível no momento de instituição da fundação; do montante a ser obtido logo após a instituição da fundação; das

formas de obtenção regular de recursos financeiros; das atividades e do montante dos recursos a serem gerados como forma de auto-sustentação da fundação;

VI. ações estratégicas a serem desenvolvidas - descrição das ações a serem desenvolvidas a curto e médio prazo, visando o desenvolvimento inicial e posterior das atividades meio e fim da fundação;

VII. outros esclarecimentos relevantes a critério dos instituidores.

Art. 4º Com base na documentação em questão, o órgão de execução do Ministério Público, com atribuição para o velamento de fundações na comarca, poderá recomendar ao interessado as alterações que entender necessárias em nível de patrimônio ou de disposições estatutárias.

Art. 5º Satisfeitas as recomendações do Ministério Público ou não havendo recomendações a serem feitas, o interessado será orientado a proceder à lavratura da escritura pública de instituição da fundação na forma da lei.

SEÇÃO II DA INSTITUIÇÃO

Art. 6º O ato de instituição e dotação da fundação deverá caracterizar-se sempre como de liberalidade e será formalizado através de escritura pública ou testamento que conterá:

I. a designação e sede da instituição;

II. o fim a que se destina, que terá de ser lícito, possível e não lucrativo;

III. a dotação especial de bens livres e suficientes desde o primeiro momento à consecução das atividades sociais propostas;

IV. o estatuto da entidade ou designação de pessoa que o elabore, dentro do prazo assinado pelo instituidor.

§ 1º Na apreciação do requisito de suficiência da dotação de bens em consonância com os objetivos sociais propostos, o Promotor de Justiça deverá basear-se no estudo de viabilidade apresentado.

§ 2º Por fim não lucrativo entende-se aquele cuja consecução não visa a exploração de atividade comercial nem envolve a distribuição de lucros ou a participação no resultado econômico da fundação.

§ 3º A fundação poderá prestar serviços remunerados, desde que tendentes a ensejar receita para consecução dos seus fins, sem descaracterizá-la.

Art. 7º O requerimento formal para exame e aprovação da instituição da fundação, contendo a qualificação do requerente, será dirigido ao órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca

e deverá ser instruído com:

I. estudo de viabilidade nos moldes anteriormente minudenciados (duas cópias);

II. estatuto (quatro cópias);

III. traslado da escritura pública de instituição da fundação ou do testamento (duas cópias).

§ 1º Uma das vias do estatuto será arquivada na respectiva Promotoria de Justiça, duas serão devolvidas ao requerente e a outra será encaminhada ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais, acompanhada da resolução que aprovou ou denegou a instituição e de uma das vias do estudo de viabilidade.

§ 2º Na hipótese de fundação instituída por pessoa jurídica, deverão ser apresentadas, também, certidões da ata de deliberação da criação da nova entidade pelo órgão competente, do estatuto ou contrato social da instituidora e da ata de eleição de seus dirigentes.

Art. 8º Recebidos o requerimento formal e a documentação, o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, no prazo de quinze (15) dias, deverá:

I. aprovar os atos constitutivos, editando resolução;

II. promover diligências que entender necessárias;

III. desaprovar os atos constitutivos, editando resolução;

IV. indicar modificações nos atos constitutivos e no estatuto, com estabelecimento de prazo para cumprimento;

V. solicitar aumento na dotação inicial, em consonância com os dados constantes do estudo de viabilidade.

Parágrafo único. Antes de aprovar a instituição da fundação, caberá ao órgão do Ministério Público, com atribuição para o velamento das fundações na comarca, formular consulta por escrito ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais, que informará a existência ou não de pedido anteriormente feito neste sentido e se a pretensão foi aprovada ou denegada, bem como, nesta última hipótese, o motivo da denegação.

Art. 9º Aprovada a instituição, serão registrados em banco de dados pertinente às fundações, sob a responsabilidade do órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, as seguintes informações:

I. o nome da fundação e o(s) nome(s) e qualificação(ões) do(s) instituidor(es);

- II. a data e número da resolução que aprovou a instituição da entidade;
- III. a sede e endereço da fundação;
- IV. a identificação dos atos constitutivos da fundação e, se instituída por testamento, a indicação do juízo onde foi apresentado e cumprido;
- V. os dados sobre a inscrição do ato de dotação nos Registros Públicos e do depósito ou custódia de valores em instituição própria;
- VI. o prazo de duração da entidade;
- VII. o comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, dentre outras informações importantes da fundação.

Parágrafo único - Os autos do procedimento de instituição de fundação serão arquivados em pasta a ser aberta para cada entidade pelo órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca.

Art. 10. O interessado deverá, no prazo de trinta (30) dias, contados da aprovação dos atos constitutivos da fundação, promover sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e, em idêntico prazo, após a efetivação da inscrição, comprová-la, fornecendo ao órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, certidão expedida por aquela serventia, que será juntada ao respectivo procedimento.

Art. 11. Inscritos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas os atos constitutivos da fundação, os bens que compõem a dotação deverão ser transferidos para sua propriedade, com transcrição nos respectivos registros.

§ 1º Se a dotação envolver quantia em dinheiro e/ou títulos ao portador, deverão os mesmos ser depositados ou custodiados em instituições financeiras habilitadas, com encaminhamento do respectivo comprovante ao órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, dentro do prazo estipulado na resolução de aprovação.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos acréscimos patrimoniais posteriores.

CAPÍTULO II

DO ESTATUTO E DE SUAS ALTERAÇÕES

Art. 12. O estatuto da fundação deverá conter:

- I. os dados referidos nos incisos I e II, do artigo 6º, desta resolução;
- II. o prazo de duração da fundação;
- III. a previsão de sistema de acréscimo de seu patrimônio;
- IV. a estrutura de organização administrativa da entidade, mencionando-

se os órgãos de controle interno, o processo de escolha dos titulares das várias funções e a duração dos respectivos mandatos;

V. a fixação de normas básicas do regime financeiro-contábil da instituição, bem como da fiscalização interna e auditoria externa da execução financeira;

VI. a indicação dos órgãos competentes para representar a fundação;

VII. a declaração, no caso de fundação que conte com mantenedores e/ou contribuintes, se os mesmos respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações assumidas pela entidade;

VIII. o processo de alteração do estatuto;

IX. as condições de extinção da fundação e o destino de seu patrimônio a outra fundação congênere.

Art. 13. Incumbirá ao órgão do Ministério Público, com atribuição para o velamento das fundações da comarca, a elaboração do estatuto, submetendo-o à aprovação judicial, quando:

I. o instituidor não o fizer, nem nomear quem o faça;

II. a pessoa encarregada não cumprir o encargo no prazo assinado pelo instituidor ou, não havendo prazo, dentro de seis (06) meses.

Art. 14. A alteração do estatuto da fundação, que não poderá contrariar os seus fins, depende de deliberação dos componentes do órgão de administração superior da entidade, conforme disposto no próprio estatuto, e só terá validade após aprovação, mediante resolução, do órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca e posterior averbação no registro próprio;

Art. 15. Recebido o expediente, o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca apreciará a alteração estatutária, no prazo de quinze (15) dias, observado, no que couber, o disposto no artigo 8º desta resolução.

Art. 16. Aprovada a alteração estatutária, serão feitas as devidas anotações no banco de dados pertinente às fundações da respectiva comarca, requisitando-se do representante legal da fundação o encaminhamento de cópia do novo estatuto com a comprovação do seu registro.

Art. 17. Quando a reforma estatutária não houver sido deliberada por votação unânime, os administradores, ao submeterem ao órgão do Ministério Público, com atribuição para o velamento das fundações na comarca, o estatuto alterado, pedirão, no requerimento de exame da reforma, que se dê ciência à minoria vencida, indicando os nomes e endereços de seus componentes, para

impugná-la, no prazo de dez (10) dias.

Parágrafo único - Após o transcurso do prazo de impugnação mencionado neste artigo, deliberará o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca.

CAPÍTULO III DO VELAMENTO DAS FUNDAÇÕES

Art. 18. No velamento das fundações, o respectivo órgão do Ministério Público deverá:

I. exigir que o representante legal da fundação, no ato da aprovação e imediatamente após a inscrição dos atos constitutivos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, protocole, na respectiva Promotoria de Justiça, certidão de inteiro teor do registro e instrumentos que comprovem a transferência dos bens que constituíram a entidade;

II. intervir em todos os feitos judiciais ou administrativos em que houver interesse de alguma fundação de direito privado (autora, ré, assistente ou oponente);

III. propor, autorizar ou negar qualquer modificação no estatuto, desde que necessárias ao atendimento do interesse público da fundação, fixando, no caso de aprovação, prazo para que o presidente da entidade protocole, na respectiva Promotoria de Justiça, o registro do estatuto, com a averbação efetuada;

IV. requisitar, anualmente, prestação de contas da entidade;

V. visitar a fundação pelo menos uma vez por ano, ou sempre que entender necessário;

VI. providenciar o preenchimento dos órgãos administrativos da fundação, sempre que a mesma ficar acéfala;

VII. provocar judicialmente a intervenção na administração da fundação, quando fatos levarem à conclusão de má gestão da entidade;

VIII. avaliar e manifestar-se, através de resolução, sobre a necessidade de alienação, permuta ou gravame de bens pertencentes à fundação;

IX. elaborar o estatuto e providenciar o registro da fundação, no caso de instituição por declaração de última vontade ou em razão de omissão dos encarregados;

X. requerer em juízo qualquer provimento em favor da fundação, independente da vontade de eventuais administradores ou beneficiários, que, se

estiverem adotando atitudes que impeçam ou prejudiquem o regular cumprimento dos finalidades do patrimônio personalizado, deverão ser afastados através de medida judicial que garanta a intervenção na administração da entidade;

XI. propor judicialmente a extinção da fundação, exigindo prestação de contas e indicando outra fundação para absorver o patrimônio, sempre que a fundação estiver acéfala, inativa ou não estiver cumprindo suas finalidades;

XII. promover, nas hipóteses do inciso anterior, o restabelecimento da entidade, se possível, ou a extinção pela via administrativa que poderá ser feita da forma como se deu a instituição: aprovação dos órgãos superiores de administração, aprovação do Curador de Fundações e averbação no registro civil de pessoas jurídicas;

XIII. adotar outras providências administrativas e judiciais que julgar pertinentes ao exercício de suas atribuições.

CAPÍTULO IV DA APROVAÇÃO ANUAL DAS CONTAS DAS FUNDAÇÕES

Art. 19. As prestações de contas das fundações em Minas Gerais serão feitas ao Ministério Público através do SICAP - Sistema de Cadastro e Prestação de Contas.

Art. 20. Dentro do período de 6 (seis) meses que antecederem o término do exercício financeiro das fundações, o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das Fundações na comarca encaminhará àquelas que se encontram sob seu velamento cópia do citado programa de computação destinado à coleta de dados informativos, a fim de que estes sejam remetidos posteriormente à Promotoria de Tutela de Fundações da Capital ou ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações.

Parágrafo único. O programa de computação referido no caput será disponibilizado aos Promotores de Justiça do interior através da página eletrônica da Promotoria de Tutela das Fundações de Belo Horizonte ou do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais.

Art. 21. Os dados informativos enviados pelas fundações serão incontinenti remetidos pelo órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das Fundações na comarca à Promotoria de Tutela das Fundações da Capital ou ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais, que providenciará seu registro no Banco de Dados de Fundações.

Art. 22. A Promotoria de Tutela das Fundações da Capital ou o Centro de Apoio Operacional encaminhará ulteriormente aos Promotores de Justiça, a cujos cargos sejam atribuídas as funções judiciais e extrajudiciais do Ministério Público de velar pelas fundações, relatórios técnicos obtidos da análise das informações prestadas por essas entidades.

Art. 23. Os Promotores de Justiça com atribuição para o velamento das fundações na comarca aprovarão ou não as contas das respectivas fundações, arquivando o expediente, ou adotarão as providências judiciais e extrajudiciais que julgarem necessárias em face dos relatórios técnicos obtidos da análise dos dados referentes às entidades sob seu velamento.

Parágrafo único. Será anotado no banco de dados pertinente às fundações o despacho final sobre a prestação de contas.

Art. 24. Não prestadas as contas em tempo hábil, o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca determinará que a fundação o faça no prazo de trinta (30) dias.

Parágrafo único. Desatendida a determinação, caberá ao referido órgão do Ministério Público requerer judicialmente a prestação de contas, independentemente de responsabilização dos administradores.

CAPÍTULO V DA EXTINÇÃO DAS FUNDAÇÕES

Art. 25. As fundações poderão ser extintas, quando:

I. tornar-se ilícito ou impossível o seu objeto;

II. for nociva ou impossível sua manutenção;

III. vencer o prazo de sua existência ou houver implemento de condição resolutiva.

Art. 26. Verificada a ocorrência de causa prevista no artigo 25 desta resolução, a extinção da fundação poderá ser formalizada através de escritura pública, que disporá sobre a destinação do seu patrimônio.

§ 1º. - A minuta de escritura será submetida à aprovação do órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca;

§ 2º - A extinção será averbada à margem da inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

CAPÍTULO VI DO ARQUIVO GERAL DE FUNDAÇÕES

Art. 27. O Arquivo Geral de Fundações, criado pela Resolução PGJ nº 21/93, passa a integrar a estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais e tem como principal finalidade registrar e arquivar dados pertinentes às fundações do Estado de Minas Gerais.

Art. 28. Ao ser instituída uma fundação, o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, no prazo de 10 (dez) dias, encaminhará ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais os seguintes dados:

- I. nome e finalidade da fundação;
- II. data da instituição;
- III. natureza jurídica;
- IV. nome dos integrantes da diretoria;
- V. endereço e telefone(s) da entidade;
- VI. cópia do estatuto e certidão do registro no cartório competente;
- VII. certidão de registro dos bens imóveis pertencentes à fundação.

Parágrafo único. além destes dados, o órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca deverá enviar cópia de todas as portarias inaugurais de procedimentos investigatórios instaurados (inquéritos civis públicos e procedimentos administrativos) e das petições iniciais de ações ajuizadas em face de qualquer fundação, nos termos do art. 5º da Resolução PGJ nº 64/2001.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. Cumpre a cada fundação ter escrituradas, bem como transcritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas as atas de reuniões de cada um de seus órgãos colegiados e listas de presença dos respectivos componentes às reuniões.

Art. 30. As fundações deverão encaminhar ao órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca cópia de seus regulamentos básicos, regimentos internos e outros atos normativos e gerais, bem como dos documentos comprobatórios dos principais atos de direção e administração, inclusive plano de custeio, imediatamente após sua prática ou

edição, salvo as hipóteses em que já é necessária prévia manifestação do citado órgão.

Art. 31. As fundações deverão ter orçamento anual, com previsão da receita e da despesa, cuja aprovação deverá ser comunicada ao órgão do Ministério Público com atribuição para o velamento das fundações na comarca, por ocasião da prestação de contas do exercício anterior.

Art. 32. O banco de dados de fundações, criado pela Resolução PGJ nº 27/2001, será compartilhado com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Fundações de Minas Gerais.

Art. 33. Ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente as contidas nas Resoluções PGJ nºs. 04/84, 21/93 e 27/01.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 26 de dezembro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 27.12.2001

RESOLUÇÃO PGJ Nº 127, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2001

Dispõe sobre a vigência das Portarias de cooperação durante plantão forense de janeiro de 2002

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

Considerando que o Promotor plantonista é responsável pela manifestação em todos os processos que tramitam durante as férias forenses, na região do respectivo plantão;

Considerando que a Superintendência de Finanças está desenvolvendo estudos para compatibilização do orçamento de 2002 à Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive quanto à manutenção do pagamento de diárias devidas por cooperação;

Considerando que houve interpretações conflitantes com relação à

possibilidade do pagamento de diárias no plantão de Julho de 2000;

Considerando que, durante o plantão forense, as portarias que têm vigência são somente aquelas publicadas com base no disposto no artigo 18, inciso XXI, alínea “j”, da Lei Complementar n 34/94, resolve:

Art. 1º Revogar todas as portarias de cooperação que geram direito à percepção de diárias, exercidas por Promotores de Justiça em todo Estado de Minas Gerais.

Art. 2º A revogação de que trata o artigo anterior ocorrerá a partir do dia 02 de janeiro de 2002.

Art. 3º As portarias de cooperação que entrarão em vigor a partir de 01 de fevereiro de 2002, serão publicadas após detalhado estudo sobre a conveniência, oportunidade, necessidade e viabilidade financeira das mesmas.

Art. 4º As portarias para os Promotores exercerem função, em substituição aos titulares, nos impedimentos ou afastamentos e, ainda, nos casos de exercício de função nas comarcas desprovidas, permanecem em vigor a partir de 01 de fevereiro de 2002.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 27 de dezembro de 2001.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 28.12.2001

RESOLUÇÕES CONJUNTAS

RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP Nº 1, DE 24 DE MAIO DE 2001

Disciplina mutirão em inquéritos policiais e processos criminais no plantão referente ao mês de julho do ano de 2001.

O Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuições legais, e,

Considerando a constatação, pela Administração Superior, da multiplicidade de feitos criminais com prazos de manifestação extrapolados, contexto presente em diversas Comarcas do Estado, aferição decorrente mormente de correções ordinárias realizadas pela Corregedoria-Geral do Ministério Público, assim como pelas comunicações efetivadas por órgãos de execução nos termos da Resolução Conjunta nº 01/93/PGJ/CGMP;

Considerando que os atrasos verificados têm motivado reiterados reconhecimentos de extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal, gerando não só notória impunidade, como outrossim desprestígio Institucional, haja vista encerrar o Ministério Público a atribuição exclusiva de promover as perseguições penais públicas;

Considerando que a aferição do contexto indesejado exige da Administração Superior esforços no sentido de enfrentar a demanda laborativa em atraso, evitando-se a persistência do status quo declinado;

Considerando que a situação tende a se agravar diante das recentes assunções judicantes de novos Magistrados, dissociando ainda mais a correlação equitativamente inferior do quadro do Ministério Público;

Considerando, por fim, a necessidade de que o desforço visando enfrentar o acervo em atraso demanda disciplinamento objetivo, que busque otimizar o serviço observando critérios de prioridade, racionalidade e eficiência, consoante prelecionado no artigo 18, inciso LV, da Lei Complementar nº 34/94, resolvem:

Art. 1º Fica implementado, no mês de julho do ano de 2001, mutirão de Promotores de Justiça com o objetivo de oficiar em inquéritos policiais e processos criminais com prazos de manifestação extrapolados.

Art. 2º Somente serão objeto do mutirão inquéritos policiais concluídos,

assim como processos criminais com vista para alegações finais e contra-razões recursais.

§ 1º Consideram-se inquéritos policiais concluídos as peças informativas formalizadas pela Polícia Judiciária, dotadas de relatório conclusivo da Autoridade Policial (artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal), instruídas com folha de antecedentes criminais, informações de vida pregressa e eventuais certidões imprescindíveis à avaliação, pelo Promotor de Justiça oficiante no plantão, sobre a pertinência de propositura de medida de cunho despenalizador, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

§ 2º Não serão incluídos no acervo de feitos do mutirão procedimentos afeitos ao Juizado Especial Criminal e à Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 3º O Corregedor-Geral do Ministério Público indicará ao Procurador-Geral de Justiça, no prazo de dez dias após publicação desta Resolução no Diário Oficial, as Promotorias de Justiça a serem beneficiadas pelo mutirão, elencando ordem de prioridade, valendo-se, para tanto, de dados colhidos nos trabalhos de correições ordinárias e comunicações referentes à Resolução Conjunta nº 01/93/PJ/CGMP.

Art. 4º O Procurador-Geral de Justiça deliberará sobre as Promotorias de Justiça destinatárias do mutirão, fazendo-o conforme a indicação da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

§ 1º Do acervo de feitos a serem oficiados, o montante de inquéritos policiais não poderá ser inferior a setenta e cinco por cento do número global selecionado.

§ 2º O Promotor de Justiça que responde pela Promotoria de Justiça beneficiada pelo mutirão deverá encaminhar relação individualizada dos feitos, constando as espécies, partes (ou indiciados), números das autuações e, no tocante aos processos, as naturezas das manifestações a serem lançadas.

Art. 5º Serão designados para o mutirão, obrigatoriamente, os Promotores de Justiça em estágio probatório cuja situação funcional incida na hipótese do artigo 122, § 3º, da Lei Complementar nº 34/94, desde que estes não estejam designados para oficiarem em Promotoria de Justiça de Comarca sede de plantão forense.

Art. 6º Poderão se inscrever como órgãos de execução para o mutirão Promotores de Justiça oficiantes em qualquer entrância, desde que não tenham que integrar o plantão da respectiva região, devendo o interessado fazê-lo

mediante requerimento efetivado por escrito ao Procurador-Geral de Justiça, protocolizado até o dia 08 de junho de 2001.

Art. 7º Se eventualmente o número de inscrições voluntárias superar as vagas existentes, cujo montante será definido após indicação da Corregedoria-Geral (artigo 4º), observar-se-á, pela ordem, preferencialmente, o Promotor de Justiça mais antigo na carreira.

Parágrafo único. Não poderão participar do mutirão Promotores de Justiça que, em iniciativas anteriores desta natureza, não tenham devolvido a totalidade dos autos tempestivamente, ou, de outra forma, demonstraram inaptidão no cumprimento de objetivos estipulados quando do mutirão desenvolvido.

Art. 8º O Promotor de Justiça que militar no mutirão receberá 120 (cento e vinte) feitos, que serão entregues a este pessoalmente, mediante carga, no setor administrativo próprio, autos que estarão disponíveis no interstício de 25 de junho a 03 de julho de 2001.

Parágrafo único. Os deslocamentos, quando necessários, dos plantonistas, para efeito de recebimento e descarga dos autos, não darão direito à percepção de diárias.

Art. 9º O Promotor de Justiça deverá devolver os autos ao setor próprio até o quinto dia útil do mês subsequente (agosto) ao plantão, sob pena de indeferimento de pedido compensatório, sendo que, após conferida a descarga, será expedida pelo órgão próprio da Administração Superior declaração no tocante ao cumprimento da atuação processual estipulada.

Art. 10. O Promotor de Justiça que participar do mutirão, adequando-se aos termos do artigo anterior, poderá requerer a respectiva compensação, mediante gozo oportuno de férias compensatórias.

Parágrafo único. O pedido deverá ser instruído, obrigatoriamente, com a declaração mencionada no artigo 9º.

Art. 11. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2001.
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça
MÁRCIO HELI DE ANDRADE
Corregedor-Geral do Ministério Público

Publicada no Minas Gerais de 24.05.2001

**RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP Nº 2,
DE 21 DE AGOSTO DE 2001**

Dispõe sobre as visitas de inspeção de Promotores de Justiça de Entrância Especial aos estabelecimentos prisionais existentes em Delegacias de Polícia Civil do Estado localizados na Comarca de Belo Horizonte.

O Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, com fulcro nos artigos 129, VII, da Constituição Federal, 67 e 68 da Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), 25, inciso VI da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), 121, inciso I e 125, inciso II, alínea e da Constituição do Estado de Minas Gerais; 66, inciso VIII, 67, inciso IV, 74, incisos IX e XXV e 110, inciso XXVII da Lei Complementar Estadual nº 34, 12 de setembro de 1994 (Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais), e,

Considerando o dever funcional do membro do Ministério Público de fiscalizar as condições humanas e materiais dos estabelecimentos prisionais, e dos direitos daqueles que ali se encontram recolhidos;

Considerando o dever funcional do membro do Ministério Público de fiscalizar o cumprimento das prisões de natureza cautelar e da execução de pena;

Considerando que na Capital, a mencionada fiscalização deve ser atribuída a todos os Promotores de Justiça em exercício, tendo em vista o elevado número de estabelecimentos prisionais, resolvem:

Art. 1º Designar os Promotores de Justiça componentes da 6ª Promotoria de Justiça, da 10ª Promotoria de Justiça e da 11ª Promotoria de Justiça da Comarca de Belo Horizonte, bem como os Promotores de Justiça Substitutos a elas designados, para realizarem visitas de inspeção, mensalmente ou com periodicidade menor, dependendo da conveniência e/ou necessidade, aos estabelecimentos prisionais constantes do Anexo I, sem prejuízo de outros que vierem a ser utilizados:

Parágrafo único. Os Promotores de Justiça designados por esta Resolução ficam com atribuição concorrente à do Promotor de Justiça Natural para adotar as providências que se fizerem necessárias ou convenientes, diante de irregularidades eventualmente constatadas.

Art. 2º As visitas serão realizadas por pelo menos 03 (três) Promotores de Justiça, sendo um deles componente da 10ª Promotoria de Justiça e os restantes das demais Promotorias de Justiça referidas nesta Resolução, mediante rodízio e observando-se a escala fornecida pela Coordenação da respectiva Promotoria de Justiça.

§ 1º Fica criada a coordenação de visitas composta por três Promotores de Justiça e designada pelo Procurador-Geral de Justiça, por período mínimo correspondente a um ano, coordenada por um Promotor de Justiça integrante da 10ª Promotoria de Justiça, que se responsabilizará pela elaboração de escala mensal de visitas, auxiliado por um integrante da 6ª Promotoria de Justiça e um da 11ª Promotoria de Justiça.

§ 2º A coordenação de visitas, baseada na sede da 10ª Promotoria de Justiça se encarregará de centralizar as informações, de forma a evitar a solução de continuidade na realização da fiscalização e na adoção das medidas necessárias ou convenientes.

§ 3º A coordenação de visitas deverá obter, junto aos Juízos Criminais, a relação dos presos por Vara Criminal, a respectiva localização no sistema prisional, bem como a natureza do delito pelo qual se encontra preso e a data da detenção.

§ 4º A escala será elaborada excluindo-se os meses de plantão forense, quando ficarão responsáveis pelas visitas os Promotores de Justiça plantonistas na Vara de Execuções Penais, que devem realizá-las na medida do possível ou em casos urgentes.

Art. 3º Aos Promotores de Justiça designados em conformidade com os artigos anteriores, incumbe a lavratura de relatório em livro próprio da coordenação de visitas, consoante dispõem o parágrafo único do artigo 68 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; art. 110, inciso XXVII da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994 e os Avisos nºs. 04/83 e 41/84 da Corregedoria-Geral do Ministério Público, adotando-se o modelo constante do anexo II, que servirá de base às verificações a serem registradas, sem prejuízo de outras providências a serem eventualmente adotadas.

Art. 4º Os Promotores de Justiça incumbidos das visitas de inspeção poderão solicitar auxílio cooperativo de integrantes de outras Promotorias de Justiça.

Art. 5º A Procuradoria-Geral de Justiça fornecerá veículo oficial com motorista e servidores dos Quadros de Pessoal, desde que, com antecedência mínima de cinco dias, seja agendada a visita de inspeção com a Diretoria-Geral.

Art. 6º É recomendável o agendamento prévio das visitas de inspeção com as autoridades administradoras das unidades prisionais, bem como, a escolha de dias e horários de expediente, comunicando-se via ofício.

Parágrafo único. Fica a critério do Promotor de Justiça o comparecimento à unidade policial sem prévio aviso.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário, em especial a Resolução Conjunta nº 03/90.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça
MÁRCIO HELI DE ANDRADE
Corregedor-Geral do Ministério Público

ANEXO I*

ESTABELECIMENTOS PENAIS A SEREM VISITADOS
(a que se refere o art. 1º da Resolução Conjunta nº 02/2001/PGJ/CGMP)

- 1ª Delegacia Distrital, Rua Carangola, 27, Bairro Santo Antônio.
- 2ª Delegacia Distrital, Rua Conselheiro Rocha, 321, Bairro Floresta.
- 4ª Delegacia Distrital, Rua Rio Espera, 351, Bairro Carlos Prates.
- 5ª Delegacia Distrital, Rua Pouso Alegre, 417 - Bairro Floresta.
- 6ª Delegacia Distrital, Rua Pitangui, 3569 - Bairro Horto.
- 7ª Delegacia Distrital, Rua Francisco Ovídio, 280 - Bairro Caiçara.
- 9ª Delegacia Distrital, Av. Vilarinhos, 1551, Venda Nova.
- 10ª Delegacia Distrital, Rua Carlos Etienne de Castro, 13, Bairro Serra.
- 12ª Delegacia Distrital, Rua Barão de Coromandel, 952, Barreiro de Baixo.
- 13ª Delegacia Distrital, Rua Padre Lobo, 32, Gameleira.
- 14ª Delegacia Distrital, Rua João XXIII, 287, Bairro Alípio de Melo.
- 16ª Delegacia Distrital, Rua Otacílio Negrão de Lima, 640, Pampulha.
- 19ª Delegacia Distrital, Rua Frei Gaspar, 157, Bairro Madre Gertrudes.
- Delegacia Especializada de Vigilância Geral (Departamento de Investigações), Av. Antônio Carlos, 901 - Bairro São Cristóvão/Lagoinha.
- Departamento Estadual de Operações Especiais, Av. Afonso Pena, 2351, Bairro Funcionários.
- Divisão de Crimes contra o Patrimônio (Delegacias Especializadas de Furtos e

Roubos), Rua Uberaba, 175, Bairro Barro Preto.

-Delegacia Especializada de Crimes Contra a Mulher/DI, Rua Tenente Brito Melo, 353, Bairro Barro Preto.

-Delegacia Especializada de Repressão a Furto e Roubo de Veículos, Rua Uberaba, 865, Bairro Barro Preto.

-Centro de Remanejamento de Presos (CERESP/GAMELEIRA), Rua Cândido de Souza, 250, Bairro Gameleira.

* Relação fornecida pela Superintendência-Geral de Polícia Civil, conf. Of. 1097/ GAB/01

ANEXO II MODELO DE RELATÓRIO DE VISITA

(a que se refere o art. 3º da Resolução Conjunta nº 02/2001/PGJ/CGMP)

Aos _____ dias do mês de _____ do ano de dois mil e _____, comparecemos, em cumprimento ao disposto nos artigos 121, inciso I da Constituição Estadual, artigos 67 e 68 da Lei nº 7.210/84, artigo 163 da Lei 11.404/94, artigo 25, inciso VI da Lei 8.625/93, artigos 74, inciso IX e 110, inciso XXVII da Lei Complementar nº 34/94, na _____ Cadeia Pública da Comarca de Belo Horizonte ou _____ Delegacia de Polícia da Comarca de Belo Horizonte, onde se achava o Bel. _____, Diretor da Cadeia Pública local, e ao inspecionar as mencionadas instalações, constatamos:

1. Condições das instalações sanitárias:

() boas () regulares () péssimas

2. Recinto em:

() boas () regulares () péssimas condições de aeração;

() boas () regulares () péssimas condições de iluminação;

() boas () regulares () péssimas condições de insolação;

() boas () regulares () péssimas condições de pintura;

() boas () regulares () péssimas condições de segurança;

() boas () regulares () péssimas condições de higiene;

3. Cella destinada a portadores de doenças infecto-contagiosas

() existente () inexistente

4. Cella destinada ao recolhimento de adolescentes infratores

() existente () inexistente

5. Cella destinada ao recolhimento de mulheres
() existente () inexistente
6. Local destinado ao recolhimento de presos albergados
() existente () inexistente
7. Profissionais para atendimento médico e odontológico aos presos
() existente () inexistente
8. Quais os dias e horários destinados a banhos de sol?
9. Há prestação de assistência religiosa? Como e quando?
10. Quais são os dias e horários destinados às visitas de familiares?

OBSERVAÇÕES:

- a) A seguir, foram ouvidos os presos, os quais expuseram as suas reivindicações (identificação facultativa):
- b) Alegação de que faz(em) jus ao internamento no sistema penitenciário (identificação obrigatória):
- c) Alegação de necessidade de exame para verificação de contaminação de AIDS ou outra doença infecto-contagiosa;
- d) Solicitação de saída (especificar a motivação)
- e) Alegação de pena cumprida:
- f) Alegação de direito à progressão de regime prisional;
- g) Solicitação de frequência ao banho de sol:
- h) Solicitação de melhoria da alimentação (identificação facultativa):
- alega(m) que a qualidade da alimentação é ruim;

OUTRAS OBSERVAÇÕES:

Nada mais havendo, encerro o presente termo, que vai assinado pelos Promotores de Justiça abaixo identificados.

Belo Horizonte, de _____ de 200____.

Publicada no Minas Gerais de 22.08.2001

**RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP N° 3,
DE 13 DE NOVEMBRO DE 2001**

Dispõe sobre as visitas de inspeção de Promotores de Justiça de Entrância Especial aos estabelecimentos prisionais existentes em Delegacias de Polícia Civil do Estado localizados na Comarca de Belo Horizonte.

O Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, com fulcro nos artigos 129, VII, da Constituição Federal, 67 e 68 da Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), 25, inciso VI da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), 121, inciso I e 125, inciso II, alínea e da Constituição do Estado de Minas Gerais; 66, inciso VIII, 67, inciso IV, 74, incisos IX e XXV e 110, inciso XXVII da Lei Complementar Estadual nº 34, 12 de setembro de 1994 (Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais), e,

Considerando o dever funcional do membro do Ministério Público de fiscalizar as condições humanas e materiais dos estabelecimentos prisionais, e dos direitos daqueles que ali se encontram recolhidos;

Considerando o dever funcional do membro do Ministério Público de fiscalizar o cumprimento das prisões de natureza cautelar e da execução de pena;

Considerando que na Capital, a mencionada fiscalização deve ser atribuída a todos os Promotores de Justiça em exercício, tendo em vista o elevado número de estabelecimentos prisionais;

Considerando a concordância dos Coordenadores das Promotorias com atribuição criminal, resolvem:

Art. 1º Designar os Promotores de Justiça componentes da 6ª Promotoria de Justiça, da 9ª Promotoria de Justiça, 10ª Promotoria de Justiça, da 11ª Promotoria de Justiça e da Promotoria de Justiça de Fiscalização da Atividade Policial da Comarca de Belo Horizonte, bem como os Promotores de Justiça Substitutos a elas designados, para realizarem visitas de inspeção,

mensalmente ou com periodicidade menor, dependendo da conveniência e/ou necessidade, aos estabelecimentos prisionais da Comarca de Belo Horizonte, sem prejuízo de outros que vierem a ser utilizados:

Parágrafo único. Os Promotores de Justiça designados por esta Resolução ficam com atribuição concorrente à do Promotor de Justiça Natural para adotar as providências que se fizerem necessárias ou convenientes, diante de irregularidades eventualmente constatadas.

Art. 2º As visitas serão realizadas por pelo menos 02 (dois) Promotores de Justiça, mediante rodízio e observando-se a escala estabelecida pela Coordenação da respectiva Promotoria de Justiça.

§ 1º A visita aos estabelecimentos prisionais será dividida entre as Promotorias de Justiça, na forma do Anexo I.

§ 2º A escala será elaborada excluindo-se os meses de plantão forense, quando ficarão responsáveis pelas visitas os Promotores de Justiça plantonistas na Vara de Execuções Penais, que devem realizá-las na medida do possível ou em casos urgentes.

Art. 3º Aos Promotores de Justiça designados em conformidade com os artigos anteriores, incumbe a lavratura de relatório em livro próprio, consoante dispõem o parágrafo único do artigo 68 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; art. 110, inciso XXVII da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994 e os Avisos nºs. 04/83 e 41/84 da Corregedoria-Geral do Ministério Público, adotando-se o modelo constante do anexo II, que servirá de base às verificações a serem registradas, sem prejuízo de outras providências a serem eventualmente adotadas.

Art. 4º A Procuradoria-Geral de Justiça fornecerá veículo oficial com motorista e servidores dos Quadros de Pessoal, desde que, com antecedência mínima de cinco dias, seja agendada a visita de inspeção com a Diretoria-Geral.

Art. 5º É recomendável o agendamento prévio das visitas de inspeção com as autoridades administradoras das unidades prisionais, bem como, a escolha de dias e horários de expediente, comunicando-se via ofício.

Parágrafo único. Fica a critério do Promotor de Justiça o comparecimento à unidade policial sem prévio aviso.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário, em especial a Resolução Conjunta nº 02/2001/PGJ/CGMP.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2001
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA
Procurador-Geral de Justiça
MÁRCIO HELI DE ANDRADE
Corregedor-Geral do Ministério Público

ANEXO I*
ESTABELECIMENTOS PENAIS A SEREM VISITADOS
 (a que se refere o art. 2º, § 1º da Resolução nº 03/2001)

11ª Promotoria de Justiça	-1ª Delegacia Distrital, Rua Carangola, 27, Bairro Santo Antônio. -2ª Delegacia Distrital, Rua Conselheiro Rocha, 321, Bairro Floresta. -4ª Delegacia Distrital, Rua Rio Espera, 351, Bairro Carlos Prates. -5ª Delegacia Distrital, Rua Pouso Alegre, 417 – Bairro Floresta. -6ª Delegacia Distrital, Rua Pitangui, 3569 – Bairro Horto. -7ª Delegacia Distrital, Rua Francisco Ovídio, 280 – Bairro Caiçara. -9ª Delegacia Distrital, Av. Vilarinhos, 1551, Venda Nova. -10ª Delegacia Distrital, Rua Carlos Etienne de Castro, 13, Bairro Serra. -12ª Delegacia Distrital, Rua Barão de Coromandel, 952, Barreiro de Baixo. -13ª Delegacia Distrital, Rua Padre Lobo, 32, Gameleira. -14ª Delegacia Distrital, Rua João XXIII, 287, Bairro Alípio de Melo. -16ª Delegacia Distrital, Rua Otacílio Negrão de Lima, 640, Pampulha. -19ª Delegacia Distrital, Rua Frei Gaspar, 157, Bairro Madre Gertrudes. -Divisão de Crimes contra o Patrimônio (Delegacias Especializadas de Furtos e Roubos), Rua Uberaba, 175, Bairro Barro Preto.
6ª Promotoria de Justiça	-Delegacia Especializada de Vigilância Geral (Departamento de Investigações), Av. Antônio Carlos, 901 – Bairro São Cristóvão/Lagoinha. -Departamento Estadual de Operações Especiais, Av. Afonso Pena, 2351, Bairro Funcionários.
10ª Promotoria de Justiça 7ª Promotoria de Justiça	-Divisão de Tóxicos e Entorpecentes/DI, Av. Amazonas 7025, Nova Gameleira.
9ª Promotoria de Justiça e Promotoria de Justiça de Fiscalização da Atividade Policial	-Centro de Remanejamento de Presos (CERESP/GAMELEIRA), Rua Cândido de Souza, 250, Bairro Gameleira.

* Relação fornecida pela Superintendência-Geral de Polícia Civil, conf. Of. 1097/GAB/01

ANEXO II
MODELO DE RELATÓRIO DE VISITA
 (a que se refere o art. 3º da Resolução nº 03/2001)

Aos _____ dias do mês de _____ do ano de dois mil e _____, comparecemos, em cumprimento ao disposto nos artigos 121, inciso I da Constituição Estadual, artigos 67 e 68 da Lei nº 7.210/84, artigo 163 da Lei 11.404/94, artigo 25, inciso VI da Lei 8.625/93, artigos 74, inciso IX e 110, inciso XXVII da Lei Complementar nº 34/94, na _____

Cadeia Pública da Comarca de Belo Horizonte ou _____ Delegacia de Polícia da Comarca de Belo Horizonte, onde se achava o Bel. _____, Diretor da Cadeia Pública local, e ao inspecionar as mencionadas instalações, constatamos:

1. Condições das instalações sanitárias:

() boas () regulares () péssimas

2. Recinto em:

() boas () regulares () péssimas condições de aeração;

() boas () regulares () péssimas condições de iluminação;

() boas () regulares () péssimas condições de insolação;

() boas () regulares () péssimas condições de pintura;

() boas () regulares () péssimas condições de segurança;

() boas () regulares () péssimas condições de higiene;

3. Cella destinada a portadores de doenças infecto-contagiosas

() existente () inexistente

4. Cella destinada ao recolhimento de adolescentes infratores

() existente () inexistente

5. Cella destinada ao recolhimento de mulheres

() existente () inexistente

6. Local destinado ao recolhimento de presos albergados

() existente () inexistente

7. Profissionais para atendimento médico e odontológico aos presos

() existente () inexistente

8. Quais os dias e horários destinados a banhos de sol?

9. Há prestação de assistência religiosa? Como e quando?

10. Quais são os dias e horários destinados às visitas de familiares?

OBSERVAÇÕES:

a) A seguir, foram ouvidos os presos, os quais expuseram as suas reivindicações (identificação facultativa):

b) Alegação de que faz(em) jus ao internamento no sistema penitenciário (identificação obrigatória):

c) Alegação de necessidade de exame para verificação de contaminação de AIDS ou outra doença infecto-contagiosa;

d) Solicitação de saída (especificar a motivação)

e) Alegação de pena cumprida:

- f) Alegação de direito à progressão de regime prisional;
- g) Solicitação de frequência ao banho de sol;
- h) Solicitação de melhoria da alimentação (identificação facultativa):
alega(m) que a qualidade da alimentação é ruim;

OUTRAS OBSERVAÇÕES:

Nada mais havendo, encerro o presente termo, que vai assinado pelos Promotores de Justiça abaixo identificados.

Belo Horizonte, de _____ de 200____.

Publicada no Minas Gerais de 14.11.2001