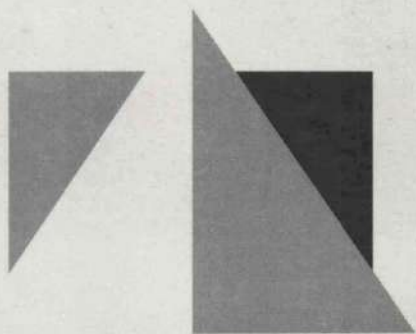


# REVISTA JURÍDICA

# 4

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS



Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Nº 4 JANEIRO/JULHO 2002

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

**NÚMERO 4  
JANEIRO/JUNHO - 2002**

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

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

**BELO HORIZONTE**

**SEMESTRAL**

|                                 |                |     |           |                |
|---------------------------------|----------------|-----|-----------|----------------|
| R. Jurid. Minist. Publ. Est. MG | Belo Horizonte | n.4 | p.1 - 550 | jan./jun. 2002 |
|---------------------------------|----------------|-----|-----------|----------------|

**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

**Arte da Capa:**

Diretoria de Informática

**Editoração e Impressão:**

Gráfica e Editora Geraes Ltda

**Fotolito da Capa:**

Gráfica e 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: Geraes, 1997-

Semestral.

I. Direito - Periódicos.

CDU - 34 (05)

---

# **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**Procurador-Geral de Justiça**  
Nedens Ulisses Freire Vieira

**Corregedor-Geral do Ministério Público**  
Manoel Divino de Siqueira

**Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico**  
José Pontes Júnior

**Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo**  
Oliveira Salgado de Paiva

**Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional**  
Rômulo de Carvalho Ferraz

**Chefe de Gabinete**  
Antônio Sérgio Tonet

**Diretora-Geral**  
Simone Maria Lima Santos

**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 Pádova Marchi Júnior  
Antônio Sérgio Rocha de Paula  
Carlos Augusto Canêdo 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

(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**

Edson Ribeiro Baêta

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: PRIMEIRAS IDÉIAS<br>Rodrigo Iennaco .....                       | 13  |
| AÇÕES RETIFICATÓRIAS DA FILIAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA<br>Dimas Messias de Carvalho .....                                     | 19  |
| AINDA SOBRE O TRATAMENTO DA REVELIA DO ACUSADO CITADO POR EDITAL<br>Adilson de Oliveira Nascimento .....                                 | 31  |
| APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES COMPLEXOS<br>Luciano Moreira de Oliveira<br>Marcelo Schirmer Albuquerque ..... | 59  |
| A ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO<br>Diva Braga<br>Luciano Braga Lemos<br>Rodrigo Braga Lemos .....                                     | 67  |
| ASPECTOS PROCESSUAIS DA DEFESA DE PREFEITOS POR SERVIÇOS JURÍDICOS DOS MUNICÍPIOS E O PATRIMÔNIO PÚBLICO<br>Leonardo Castro Maia .....   | 89  |
| CONSIDERAÇÕES SOBRE O LIBELO-CRIME ACUSATÓRIO<br>Elias Paulo Cordeiro .....                                                              | 103 |
| CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO<br>Luciano França da Silveira Júnior .....  | 113 |
| OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA LEI DE LICITAÇÕES: UM ESTUDO DE CASO<br>Álvaro César dos Santos Netto .....             | 129 |

|                                                                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E IMPLICAÇÕES NO<br>ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES<br>Fábio Guimarães Bensoussan .....                                                           | 141 |
| DUPLA COBRANÇA E FISCALIZAÇÃO DO SUS<br>Rogério Felipeto .....                                                                                                                                    | 149 |
| EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS<br>ASSECURATÓRIAS DO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO E AS<br>DISPOSIÇÕES ACERCA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO<br>PROCESSO PENAL<br>Daniel de Sá Rodrigues ..... | 177 |
| ENTES DE REGULAÇÃO: UMA PERSPECTIVA ATUAL DO<br>MODELO JURÍDICO-ECONÔMICO BRASILEIRO<br>Marcelo de Oliveira Milagres .....                                                                        | 207 |
| OS LIMITES ENTRE A AÇÃO DIRETA DE<br>INCONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA<br>Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira .....                                                            | 221 |
| O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO CONTROLE<br>SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE<br>Epaminondas da Costa .....                                                                                  | 247 |
| A NATUREZA JURÍDICA DAS LIMINARES NAS AÇÕES ESPECIAIS:<br>CAUTELARES OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA<br>Renato Franco de Almeida .....                                                                   | 273 |
| PRISÃO DO FALIDO: CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 35 DO<br>DECRETO-LEI N.º 7.661, de 21.06.1945<br>Raquel Ribeiro .....                                                                             | 297 |
| PROBLEMAS INERENTES AO SISTEMA PENITENCIÁRIO<br>BRASILEIRO: ESTUDO DE CASO DE MINAS GERAIS<br>Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro<br>Eduardo Cerqueira Batistucci .....                                | 311 |
| RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DE ÓRGÃOS PÚBLICOS:<br>PREFEITURAS MUNICIPAIS<br>Magnus de Lellis Almeida .....                                                                                        | 333 |

|                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> |     |
| Júlio César Luciano .....                                                                                          | 365 |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>SÍMBOLOS MUNICIPAIS PRÓPRIOS OU IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ?</b> |     |
| Genney Randro Barros de Moura .....                                 | 419 |

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>O SUJEITO ATIVO DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO: A QUESTÃO DO NÃO COMPROMISSADO E DO NÃO ADVERTIDO</b> |     |
| Ana Luiza Almeida Ferro .....                                                                          | 439 |

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| <b>A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS</b> |     |
| Joaquim José Miranda Júnior .....                         | 453 |

## **ATOS NORMATIVOS**

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| <b>ATOS</b>               |     |
| Ato PGJ de 05.02.02 ..... | 493 |
| Ato PGJ de 22.02.02 ..... | 493 |
| Ato PGJ de 2002 .....     | 493 |

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| <b>AVISOS</b>                      |     |
| Aviso PGJ de 01.03.02 .....        | 494 |
| Aviso CGMP nº 1, de 03.06.02 ..... | 498 |

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| <b>AVISOS CONJUNTOS</b>                         |     |
| Aviso conjunto PGJ TJMG nº 1, de 12.03.02 ..... | 502 |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| <b>CARTAS</b>                       |     |
| Carta de Vitória, de 22.03.02 ..... | 503 |

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| <b>COMUNICADOS E COMUNICAÇÕES</b>        |     |
| Comunicação CGMP nº 5, de 18.03.02 ..... | 504 |

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| <b>CONVÊNIOS</b>                            |     |
| Convênio CNPGJ MPEs MPDF, de 24.04.02 ..... | 505 |
| Convênio PGJ PMMG nº 13, de 10.06.02 .....  | 505 |

## ENUNCIADOS DE SÚMULAS

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| Enunciado de Súmula nº 21, de 11.03.01 .....      | 507 |
| Enunciado de Súmula CSMP nº 13, de 13.12.99 ..... | 508 |

## RECOMENDAÇÕES

|                                                       |     |
|-------------------------------------------------------|-----|
| Recomendação CGMP nº 1, de 22.05.02 .....             | 509 |
| Recomendação CGMP nº 2, de 18.06.02 .....             | 510 |
| Recomendação CAO – PPD I CEA FNº 1, de 28.05.02 ..... | 511 |

## RESOLUÇÕES

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| Resolução PGJ Adj nº 1, de 18.01.02 .....  | 514 |
| Resolução PGJ nº 2, de 18.01.02 .....      | 514 |
| Resolução PGJ nº 3, de 24.01.02 .....      | 514 |
| Resolução PGJ Adj nº 4, de 23.01.02 .....  | 514 |
| Resolução PGJ nº 5, de 25.01.02 .....      | 515 |
| Resolução PGJ Adj nº 6, de 25.01.02 .....  | 515 |
| Resolução PGJ Adj nº 7, de 29.01.02 .....  | 515 |
| Resolução PGJ nº 8, de 04.02.02 .....      | 515 |
| Resolução PGJ nº 9, de 05.02.02 .....      | 518 |
| Resolução PGJ nº 10, de 05.02.02 .....     | 520 |
| Resolução PGJ nº 11, de 05.02.02 .....     | 521 |
| Resolução PGJ nº 12, de 05.02.02 .....     | 521 |
| Resolução PGJ nº 13, de 05.02.02 .....     | 521 |
| Resolução PGJ Adj nº 14, de 06.02.02 ..... | 521 |
| Resolução PGJ Adj nº 15, de 22.02.02 ..... | 521 |
| Resolução PGJ Adj nº 16, de 21.02.02 ..... | 522 |
| Resolução PGJ Adj nº 17, de 22.02.02 ..... | 522 |
| Resolução PGJ nº 18, de 25.02.02 .....     | 522 |
| Resolução PGJ nº 19, de 06.03.02 .....     | 522 |
| Resolução PGJ nº 20, de 08.03.02 .....     | 522 |
| Resolução PGJ nº 21, de 08.03.02 .....     | 523 |
| Resolução PGJ Adj nº 22, de 11.03.02 ..... | 523 |
| Resolução PGJ Adj nº 23, de 13.03.02 ..... | 523 |
| Resolução PGJ nº 24, de 14.02.02 .....     | 523 |
| Resolução CAMPJ nº 25, de 19.03.02 .....   | 523 |
| Resolução PGJ nº 26, de 14.03.02 .....     | 524 |
| Resolução PGJ nº 27, de 25.03.02 .....     | 524 |
| Resolução PGJ Adj nº 28, de 26.03.02 ..... | 524 |
| Resolução PGJ Adj nº 29, de 10.04.02 ..... | 524 |
| Resolução CAMPJ nº 30, de 16.04.02 .....   | 524 |
| Resolução PGJ Adj nº 31, de 17.04.02 ..... | 525 |

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| Resolução PGJ Adj nº 32, de 17.04.02 ..... | 525 |
| Resolução PGJ nº 33, de 24.04.02 .....     | 525 |
| Resolução PGJ Adj nº 34, de 25.04.02 ..... | 525 |
| Resolução PGJ Adj nº 35, de 29.04.02 ..... | 525 |
| Resolução PGJ nº 36, de 01.05.02 .....     | 526 |
| Resolução PGJ Adj nº 37, de 07.05.02 ..... | 526 |
| Resolução PGJ Adj nº 38, de 16.05.02 ..... | 526 |
| Resolução PGJ nº 39, de 16.05.02 .....     | 526 |
| Resolução PGJ nº 40, de 20.05.02 .....     | 526 |
| Resolução PGJ nº 41, de 17.05.02 .....     | 527 |
| Resolução PGJ nº 42, de 22.05.02 .....     | 527 |
| Resolução PGJ Adj nº 43, de 28.05.02 ..... | 527 |
| Resolução PGJ nº 44, de 29.05.02 .....     | 527 |
| Resolução PGJ Adj nº 45, de 04.06.02 ..... | 527 |
| Resolução PGJ Adj nº 46, de 05.06.02 ..... | 528 |
| Resolução PGJ nº 47, de 06.06.02 .....     | 528 |
| Resolução PGJ nº 48, de 21.06.02 .....     | 528 |
| Resolução PGJ nº 49, de 10.06.02 .....     | 529 |
| Resolução PGJ nº 50, de 10.06.02 .....     | 541 |
| Resolução PGJ Adj nº 51, de 10.06.02 ..... | 542 |
| Resolução PGJ nº 52, de 12.06.02 .....     | 542 |
| Resolução PGJ nº 53, de 13.06.02 .....     | 545 |
| Resolução PGJ nº 54, de 21.06.02 .....     | 545 |
| Resolução PGJ nº 55, de 21.06.02 .....     | 545 |
| Resolução PGJ nº 56, de 21.06.02 .....     | 545 |
| Resolução PGJ nº 57, de 27.02.02 .....     | 547 |

## RESOLUÇÕES CONJUNTAS

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| Resolução Conjunta PGJ MG, AL, BA, PE, SE ..... | 548 |
|-------------------------------------------------|-----|

## **DOCTRINA**

# ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: PRIMEIRAS IDÉIAS

RODRIGO IENNACO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Dispõe o preceito primário do art. 309 da Lei nº 9.503, de 23.09.1997, Código de Trânsito Brasileiro – CTB: “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 [...]”

Com relação ao delito previsto nesse dispositivo (art. 309), a tendência é admitir-se que foi derogada a contravenção do art. 32 da Lei de Contravenções Penais – LCP (Lei nº 3.688, de 03.10.1941) e que a nova figura típica exige, para a subsunção do fato, a ocorrência de perigo concreto (*gerando perigo de dano*). Nesse sentido orientam a doutrina e a jurisprudência<sup>1</sup> majoritárias.

Nogueira (1998, p.13) anota que:

As contravenções penais dos arts. 32 e 34 do Decreto-lei nº 3.688/41 eram tratadas pela doutrina e jurisprudência majoritárias como infrações penais de

<sup>1</sup> “Infração de trânsito: direção de veículos automotores sem habilitação, nas vias terrestres: crime (CTB, art. 309) ou infração administrativa (CTB, art. 162, I), conforme ocorra ou não perigo concreto de dano: derrogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais (precedente: HC nº 80.362, Pl., 7.2.01, Inf. STF 217). 1. Em tese, constituir o fato infração administrativa não afasta, por si só, que simultaneamente configure infração penal. 2. No Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, conforme expressamente disposto ao seu art. 161 - e, cuidando-se de um código, já decorreria do art. 2º, § 1º, in fine, LICC – o ilícito administrativo só caracterizará infração penal se nele mesmo tipificado como crime, no Capítulo XIX do diploma. 3. Cingindo-se o CTB, art. 309, a incriminar a direção sem habilitação, quando gerar ‘perigo de dano’, ficou derogado, portanto, no âmbito normativo da lei nova – o trânsito nas vias terrestres – o art. 32 LCP que tipificava a conduta como contravenção penal de perigo abstrato ou presumido. 4. A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano – já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas –, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato. II. Recurso extraordinário prejudicado: *habeas corpus* de ofício. 5. Prejudicado o RE do Ministério Público, dado o provimento do recurso especial com o mesmo objeto, é de deferir-se *habeas corpus* de ofício, se a decisão do STJ – no sentido da subsistência integral ao CTB do art. 32 LCP, é ilegal, conforme precedente unânime do plenário do Supremo Tribunal.” (STF – RE nº 319556-MG – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – J. 12.03.2002, DJ 12.04.2002, p. 67, Ement. vol. 2064-07, p. 1251). No mesmo sentido: STF – RHC nº 80.362-8-SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – J. 14.02.2001; STF – HC nº 80422 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 02.03.2001, p. 02; STJ – HC nº 15181-SP – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 18.06.2001, p. 195; e STJ – HC nº 9330-SP – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 28.05.2001, p. 00168.

perigo abstrato, presumido pelo legislador e independentemente, portanto, de prova e verificação no caso concreto. [...] o novo Código de Trânsito Brasileiro [...] no art. 309 [...] repetiu as letras do art. 32 da Lei Contravencional, [...] de forma mais completa e abrangente, exigindo agora o perigo efetivo de dano.

Assim, como a lei nova, no art. 309 do Código de Trânsito, no que tange à direção não-habilitada de veículo automotor pela via pública, regulou por inteiro a matéria tratada pela lei contravencional antiga, no art. 32, e acrescentou a elementar 'gerando perigo de dano', que implica a exigência de perigo concreto indeterminado (o que prescinde de vítimas identificadas e individualizadas) para que se perfeça o delito de direção não-habilitada (art. 309 do CTB), não há dúvida de que derogou ou revogou parcialmente o art. 32 da Lei das Contravenções Penais, que subsiste apenas no tocante à direção não-habilitada de embarcação em águas públicas [...].<sup>2</sup>

Sem maior esforço, tendo por norte a orientação preponderante, podemos concluir que a conduta praticada por quem dirige veículo automotor, sem habilitação, mas sem gerar perigo, é um indiferente penal: não caracteriza o crime do art. 309 do CTB porque falta a ocorrência do perigo de dano; não há contravenção porque o art. 32 da lei específica foi derogado.

A seu turno, o art. 310, do mesmo diploma legal, prevê: "Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança [...]."

Cindindo o tipo em duas partes, a expressão *ou, ainda, precedida de vírgula*, impõe o reconhecimento de que *permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso* constitui conduta típica.

O legislador, portanto, ao contrário do que sucede no modelo do art. 309, prestigiou o valor negativo da conduta (desvalor da ação) em detrimento de ulterior verificação do resultado lesivo a bens jurídicos concretos (vida, patrimônio etc.). No art. 309, como visto à exaustão, o legislador houve por bem exigir que o agente atuasse *gerando perigo de dano*. Para ambos delitos, de pequeno potencial ofensivo, cominou-se sanção idêntica: detenção, de 6

<sup>2</sup> Vide, ainda, Felipeto (2001, p. 2), Jesus (1998, p. 187) e Gonçalves (1998, p. 4).

(seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Em arguta fundamentação, poder-se-ia aduzir que, tanto o crime do art. 310, quanto o do art. 309, numa interpretação sistemática, dependem, para sua caracterização, da verificação de perigo concreto de dano: não se admitiria que, para um delito aparentemente mais grave (art. 309), fosse exigido *perigo de dano*, enquanto para o outro (art. 310) não se fizesse a mesma exigência.

Num raciocínio trivial, bastaria a seguinte constatação: o fator determinante para a exigência de dano, perigo concreto de dano ou apenas perigo abstrato (presumido) de dano é a tipicidade. Noutras palavras, é o legislador quem, por força do princípio da legalidade, define as condutas proibidas. Com o tipo, o legislador demarca a fronteira entre o lícito e o ilícito. Em alguns tipos, descreve a conduta e o resultado naturalístico, exigindo a ocorrência deste para sua configuração (crimes materiais). Noutros, descreve a conduta e o resultado, dispensando sua verificação para a consumação (crimes formais). Por fim, em alguns casos antecipa o momento consumativo fazendo-o confundir com a própria conduta: são crimes, portanto, de mera conduta, que não possuem menção a resultado naturalístico, mas que nem por isso são desprovidos de resultado jurídico.

Nessa linha primária de pensamento, o delito do art. 310 do Código Penal – CP, como crime de mera conduta, prescinde de qualquer investigação ulterior acerca das efetivas consequências do comportamento que se quer prevenir. Porém, alguns questionamentos exigem uma análise mais detida nesta oportunidade. O primeiro diz respeito à interpretação sistemática; o segundo, subjacente, à suposta inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato.

Em sede hermenêutica, para se argumentar em torno da interpretação sistemática, o exegeta deve ter em mira não apenas os arts. 309 e 310 do CTB, mas o ordenamento jurídico todo, com o intuito de garantir sua coerência e harmonia.

Confrontando-se, num primeiro momento, os dispositivos legais em apreço, poder-se-ia pensar que, ausente a demonstração do perigo de dano, não seria razoável considerar-se atípica a conduta mais grave (dirigir efetivamente) e sancionar a conduta menos grave (entregar a direção ao inabilitado). Tal raciocínio, porém, sucumbe quando se observa que não estamos diante de condutas com graus diversos de reprovação. No plano axiológico, a conduta daquele que, sendo habilitado, conhecendo pois as normas de trânsito e o risco inerente à circulação viária, entrega veículo automotor a pessoa inabilitada é tão (ou mais) grave quanto a daquele que, sem habilitação, conduz veículo automotor em via pública. No plano legislativo, *de lege lata*, as condutas foram equiparadas no que tange à gravidade: pena cominada idêntica.

Ademais, não há que se falar, diante da sanção prevista (pela aferição

valorativa do legislador), em delitos mais ou menos graves em comparação, porque não há relação de subsidiariedade entre um delito e o outro: para que haja o delito do art. 309 é prescindível a ocorrência da conduta de outrem na modalidade descrita no art. 310.

Quando ampliamos a abordagem para todo o sistema de normas penais – no Código e na legislação extravagante – notamos que o critério para aferição da (des)necessidade de demonstração do perigo (concreto, no caso) é o da tipicidade. A propósito, o art. 14, I, do CP, diz que o crime se considera consumado, quando nele se reúnem todas as elementares típicas. A estrutura do tipo, por seu turno, é edificada tendo em conta a necessidade não apenas reparatória de dano ao bem jurídico penalmente tutelado, mas também em atenção à finalidade preventiva do dano.

De tal sorte que o legislador, orientando-se pela teoria finalista da ação, adotada pelo Código Penal, prestigia o desvalor da ação. Não importa ao Direito Penal apenas punir a prática de fato que causa dano, mas prevenir a sua ocorrência, determinando-se às pessoas que se abstenham de realizar condutas que o possam causar. Fosse outra a orientação, jamais se poderia admitir a punição, apenas para exemplificar, da tentativa branca, em que não há ofensa efetiva ao objeto tutelado – o que, com efeito, não foi excepcionado pelo art. 14, II, do CP. Ultrapassada a primeira premissa, convém, por último, analisar a questão da constitucionalidade, haja vista ser ela o fundamento de validade da própria legislação que, como é sabido, encontra-se impregnada de crimes de mera conduta, formais, de perigo abstrato etc.

As hipóteses mencionadas, realmente, oportunizam o debate em torno do princípio da lesividade, apontado modernamente como de índole garantista e, para alguns, não apenas princípio de hermenêutica, mas princípio que teria consagração constitucional como decorrência da reserva legal – o que vincularia, assim, o próprio legislador. A doutrina já se manifesta, não é de hoje, a respeito Bastos (1999, p. 71), debruçando-se sobre o tema, lembra que:

[...] todo crime compõe-se de conduta e resultado, pouco importando se o resultado coincide ou não, no tempo, com a ação ou omissão. E mais: pouco importando se esse resultado corresponde a um dano efetivo ou meramente potencial, concreto ou presumido. [...] Indagações sobre acerto ou desacerto do legislador fogem do âmbito da questão principal. [...] permanecem idênticas, no plano formal, as estruturas jurídicas inerentes às duas categorias de crime: de dano e de perigo. Tudo o que vale para os delitos de dano (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) vale igualmente

para os delitos de perigo. [...]. O que pode ocorrer – e já está ocorrendo – é uma luta ideológica na doutrina para que sejam extirpados do ordenamento jurídico os delitos de perigo por presunção legal, utilizando-se para tanto velhos e novos recursos retóricos: princípios gerais de direito, hegemonia da Constituição etc.

Devemos acrescentar, por ser a tese da inconstitucionalidade sedutora (PRADO, 1996, p. 83; JESUS, 1998, p. 26; GOMES, 1984, p. 83), que nos crimes de mera conduta o que se faz é inibir a prática de condutas nocivas à segurança no trânsito viário, sendo preferível prevenir condutas potencialmente nocivas a punir resultados danosos – depois que já ocorreram. Vale o aforismo popular: *depois que a procissão passa, não adianta tirar o chapéu*. Quem entrega à pessoa não-habilitada a direção de veículo automotor agride e lesiona a ordem jurídica independentemente da conduta posterior daquele condutor. A previsão, como no caso do art. 310, ademais, prescinde da discussão que se trava em torno de crimes de dano e crimes de perigo; crimes de perigo concreto e de perigo abstrato; perigo comum ou individual: realizado o comportamento como exteriorização da vontade livre e consciente e não havendo, no tipo legal correspondente, menção expressa ao resultado (dano ou perigo de dano), o crime se classifica entre os de mera conduta. E mais, não há ofensa ao princípio *nullum crimen sine iniuria* porque a lesividade à ordem jurídica se revela com a própria ação (valorada negativamente pelo legislador).

Os crimes de mera conduta encontram agasalho no sistema finalista, prestigiando o desvalor da ação e a finalidade preventiva da pena. Respeitado o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) e seus corolários (taxatividade, determinação etc.), as previsões legais dessa natureza guardam compatibilidade com a Constituição porque (e desde que), de acordo com a ponderação de bens jurídicos em conflito (liberdade individual *versus* incolumidade pública), é lícito ao Estado exigir do cidadão a abstenção de determinadas condutas (CAPEZ, 1997, p. 25-26). Exigências que não restringem o exercício dos direitos que lhe são assegurados, não usurpam sua intimidade e que, por outro lado, coíbem condutas contrárias à lei (legislação administrativa de trânsito) e, mais que isso, comprometedoras do interesse público e, potencialmente, da segurança coletiva. O interesse público preponderante exige, com respaldo constitucional porque não restringe direito ou garantia individual, que não se permita, confie ou entregue a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310 do CTB).

Em síntese: pela ponderação (proporcional) dos bens em conflito, a conduta do art. 310 do CTB revela-se constitucional e caracteriza o injusto penal – que independe, para sua configuração, de qualquer verificação de resultado lesivo ulterior extrínseco ao próprio tipo, vez que o resultado jurídico

coincide com o próprio comportamento incriminado.

### **Referências Bibliográficas**

BASTOS, João José Caldeira. Crimes de trânsito: interpretação e crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Florianópolis, v. 2, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo: comentários à Lei nº 9.437, de 20-2-1997*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FELIPETO, Rogério. O fim de uma contravenção: art. 32 da LCP. *Boletim do Instituto de Ciências Penais – ICP*, Belo Horizonte, n. 14, abr. 2001, p. 2.

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto?: a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 8, p.69-84, out./dez. 1994.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. A derrogação da contravenção do art. 32 da LCP. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 65, abr. 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito: Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. O novo Código de Trânsito revogou ou não as contravenções dos artigos. 32 e 34 da LCP? *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 2, n. 19, set. 1998. p. 13-14.

PRADO, Luís Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

# AÇÕES RETIFICATÓRIAS DA FILIAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

DIMAS MESSIAS DE CARVALHO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor de Direito de Família e Sucessões na Universidade de Alfenas

- UNIFENAS

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Negatória de paternidade – 3 Ação retificatória do registro civil por erro ou falsidade ideológica – 4 Relativização da coisa julgada na ação investigatória – 5 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família nos últimos tempos tem sofrido profundas modificações, especialmente as introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e, sem dúvida, a maior inovação foi igualar os filhos (art. 227, § 6º) e permitir livremente o reconhecimento voluntário ou compulsório da filiação, mesmo de pessoas casadas, havidos fora do matrimônio, inclusive conferindo ao Estado a iniciativa de investigar a paternidade por meio de informações do registro civil, o que pode ocorrer espontaneamente, por meio de declarações perante o Juiz de Direito ou, compulsoriamente, mediante ação investigatória ajuizada pelo Ministério Público, legitimado concorrentemente pela Lei nº 8.560, de 29.12.1992.

A maternidade prova-se pelo parto, entretanto, é também amplamente permitida quando se tratar de recém-nascido abandonado ou de criança encontrada.

A questão que se pretende enfrentar não é o reconhecimento da paternidade hoje amplamente permitida, mas as soluções que se apresentam para corrigir uma paternidade irreal, espontânea ou compulsória, que consta do assento de nascimento, pretendendo, de forma direta e objetiva, abordar a *negatória de paternidade*, a *retificação do registro civil* por erro ou falsidade e até mesmo a *relativização da coisa julgada* nas ações de investigação de paternidade, em coerência com a mais moderna jurisprudência e as disposições do

## 2 NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Os filhos da mulher nascidos na constância do casamento presumem-se serem do marido, tanto os concebidos na constância da união, quanto os nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal ou nos trezentos dias subseqüentes à sua dissolução (art. 1597 do CC).

O Código Civil inovou ao incluir na presunção relativa ou *juris tantum* matrimonial os filhos havidos por *fecundação artificial homóloga* (utilizando o sêmen do marido para fecundar a mulher) mesmo que falecido o cônjuge, desde que tenha autorizado o uso do material fertilizante, os filhos havidos por *concepção artificial homóloga*, isto é, dos componentes genéticos advindos do marido e da mulher, exigindo a doutrina consentimento do casal para reprodução assistida *in vitro*, afastando-se aqui das polêmicas que certamente vão gerar se um dos genitores estiver morto, os pais do embrião doá-lo a outro casal ou se implantado em outro útero (*barriga de aluguel*) e ainda os filhos havidos por *inseminação artificial heteróloga*, ou seja, a inseminação artificial da mulher com sêmen de terceiro, com prévia autorização do marido, demonstrando sua vontade procracional, apesar de não ter o componente genético, tratando-se, pois, de paternidade com fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva (art. 1597, III, IV e V, do CC).

Na hipótese do filho nascido da mulher não ser do marido, ou, nas inovações do novo Código Civil, não ser seu o sêmen na concepção artificial homóloga ou não ter consentido na concepção artificial heteróloga, cabe *ação negatória de paternidade, de iniciativa exclusiva do cônjuge*, somente sendo admitida sua continuidade pelos herdeiros se iniciada pelo marido (art. 1601 do CC).

A ação, portanto, é de iniciativa exclusiva do homem casado para contestar os filhos havidos de sua mulher, *não podendo ser utilizada por quem não possui o vínculo matrimonial*.

O Código Civil de 1916 exige, sob pena de decadência, o *ajuizamento da ação* no prazo de dois meses se o marido estava presente e três meses se ausente (art. 178, §§ 3º e 4º, I). A jurisprudência, entretanto, firmou-se no sentido de que, tratando-se de ação de estado, de direito personalíssimo, é *imprescritível*, o que foi acolhido pelo atual Código Civil (art. 1601, *caput*).

### 3 AÇÃO RETIFICATÓRIA DO REGISTRO CIVIL POR ERRO OU FALSIDADE IDEOLÓGICA

Não se cuidando de negatória de paternidade, portanto, dos filhos havidos da mulher e registrados em nome do marido na constância do casamento, cabe ao pai que reconheceu o filho induzido em erro pleitear em ação ordinária a retificação do registro para excluir a paternidade falsa e irreal (art. 1604 do CC).

Trata-se de ação própria do suposto pai que, acreditando ser seu o filho havido fora do casamento, reconhece-o voluntariamente e, após, descobre que estava equivocado, que o filho é de outro, quer pelas diferenças físicas, confissão da mãe, incompatibilidade sanguínea, exames de leitura das impressões digitais do DNA etc.

A ação, portanto, *é de iniciativa do que reconheceu a paternidade fora do casamento*, voluntariamente, tendo sua vontade viciada ao incidir em erro.

A questão não é pacífica quando o homem, conscientemente, reconhece o filho sabendo não ser seu. O falso não pode beneficiar o autor, que agiu maliciosamente, sendo certo que o reconhecimento é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92), entretanto, parte da jurisprudência admite a retificação visto que o registro público deve retratar a verdade.

A ação é suscetível de ser intentada também pelo suposto filho para ver declarada a inexistência da filiação, por comprovada falsidade ideológica dos pais ou erro, podendo atingir nesse caso tanto a filiação legítima quanto a havida fora do casamento. Parte da jurisprudência admite que pode ser intentada por outros legítimos interessados como, por exemplo, irmãos na divisão da herança e avós nos alimentos, mas essa posição, já acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça – no RE nº 140.579, não é pacífica, até porque viola a iniciativa privativa do marido contestar a legitimidade dos filhos havidos da mulher e dos filhos para ajuizar a investigatória (art. 1606 do CC).

Admite-se, ainda, que o filho ajuíze ação investigatória contra seu verdadeiro pai e no âmbito da ação prove a falsidade do registro da paternidade anterior e seu conseqüente cancelamento (STJ – RE nº 119.866-SP).

### 4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA

O Direito de Família, por ser tão dinâmico e evolutivo já que atinge indistintamente todas as pessoas, independente de raça ou condição social, é

sempre muito palpitante, evidente e provoca grandes discussões. Nas últimas décadas, sua evolução e transformação tem atingido velocidade impressionante.

Na década de 70, produziu embates calorosos com a discussão e, finalmente, introdução do divórcio ao vínculo no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 09, de 28.06.1977, sendo regulado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977.

Na década de 80, a Constituição Federal de 1988, conforme já ressaltado, trouxe grandes transformações no direito de família como um todo, mas, sem dúvida, a maior conquista foi extinguir a discriminação e a odiosa distinção entre os filhos, permitindo que os havidos fora do casamento, designados espúrios ou bastardos, entre eles os adulterinos, investiguem a paternidade contra os supostos pais, antes protegidos pelo casamento.

Na década de 90, a companheira, que na Constituição Federal teve sua convivência reconhecida como entidade familiar, finalmente teve seus direitos regulados nas Leis nº 8.971, de 29.12.1994, e nº 9.278, de 10.09.1996, alguns deles inovadores como alimentos e sucessórios, muitos infelizmente reduzidos no atual CC em seu art. 1790, regredindo conquistas alcançadas e discriminando a união estável.

Hodiernamente, as grandes discussões são, sem dúvida, sobre os direitos nas relações homoafetivas e a relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade.

A coisa julgada, como é sabido, é a decisão judicial de que não caiba mais recurso e, em razão de sua imutabilidade, o direito incorpora-se ao patrimônio do titular, tratando-se de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI).

O professor Greco Filho (1989, v.2, p. 20)<sup>1</sup> esclarece que o fundamento da coisa julgada “[...] é a necessidade de estabilidade das relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável [...]”, ou seja, é a eficácia, a força, que faz tornar indiscutível e definitiva a sentença, evitando a perpetuação dos litígios e a incerteza das relações sociais.

Assim, até por princípio constitucional, a decisão judicial que examinou todas as provas possíveis e produzidas pelas partes, pronunciando sobre o mérito, e concluiu pela inexistência da filiação pleiteada ao transitar em julgado opera-se a coisa julgada material, coberta pela certeza jurídica que deve

---

<sup>1</sup> Citado em brilhante artigo de Vladimir Brega Filho, Promotor de Justiça em São Paulo e professor de Direito do Norte Pioneiro em Jacareizinho/PR.

submeter-se à questão maior de ordem pública, da regra absoluta da coisa julgada, conferindo no processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes e imprescindíveis para perpetrar a composição dos litígios.

A primeira questão que se discute, entretanto, é a das hipóteses em que a *ação foi julgada improcedente por insuficiência ou ausência de provas* para se concluir a paternidade. Nesses casos, também opera-se a coisa julgada material, com força definitiva e imutável, especialmente em face da robustez das novas provas periciais, entre elas a leitura das impressões digitais do DNA?

O Promotor de Justiça Carlos Alberto Ribeiro Moreira,<sup>2</sup> em recente parecer, concluiu sobre a possibilidade do ajuizamento de nova ação investigatória se a parte estiver munida de provas capazes de identificar a paternidade. Com efeito, ressaltou no seu fundamentado arrazoado que:

[...] ante a total ausência de prova por parte do autor – não se poderá extrair, sob qualquer ótica, a conclusão de que foi declarada a inexistência de paternidade.

Como o conteúdo da afirmada coisa julgada material não constituiu decisão negatória de paternidade, mas apenas decisão afirmativa de ausência de prova naquele processo, resta conclusivo que não configura ela óbice algum a que o autor procure, com o avanço da tecnologia, produzir uma prova desenvolvida mais recentemente e que apresenta caráter praticamente incontestável, o exame genético DNA.

O Juiz de Direito Paulo Roberto da Silva<sup>3</sup>, em recente decisão que julgou o autor carecedor da ação e declarou extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil – CPC, acolhendo a alegação de coisa julgada, em ação negatória de paternidade c/c anulação de registro público, proposta pelo pai que teve a paternidade declarada em investigatória de paternidade, ocasião em que recusou a submeter-se aos exames periciais, admitiu em sua decisão que “[...] com o desenvolvimento das pesquisas genéticas, a jurisprudência tem admitido a repetição da ação de investigação de paternidade, sob novo fundamento, quando a anterior foi julgada improcedente por deficiência de provas, v.g.”

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão, por unani-

<sup>2</sup> Promotor de Justiça em Minas Gerais, titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Lavras, parecer nos autos nº 17097-2.

<sup>3</sup> Juiz de Direito em Minas Gerais, titular da Comarca de Passa Tempo, sentença na ação apensa aos autos nº 2635/94.

midade, acolheu a posição defendida pelo representante do *Parquet* e do eminente Juiz citados e relativizou a coisa julgada nas investigações de paternidade, no caso da ação anterior negar o pedido por falta de prova segura, sem reconhecer ou negar o vínculo biológico da geração do filho, admitindo que permanece o direito do investigante de ajuizar nova ação, não fazendo a primeira coisa julgada material. Decidiu a 1ª Câmara Cível que:

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – AÇÃO AJUZADA ANTERIORMENTE – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL – AJUZAMENTO DE NOVA AÇÃO – POSSIBILIDADE** – O direito de investigar a paternidade constitui interesse indisponível e imprescritível, razão pela qual a investigação de paternidade, por se cuidar de uma ação de estado, não se materializa na coisa julgada. Negada anteriormente a paternidade por falta de prova segura, não tendo sido reconhecido ou negado o vínculo biológico da geração do filho e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, a sentença que julgou a pretérita ação investigatória não faz coisa julgada material, permanecendo o direito do investigado de intentar nova ação de investigação de paternidade quando entender que possui elementos de prova suficientes para comprovar suas alegações, ainda que tenha sido aforada uma anterior, com sentença julgando improcedente o pedido. (MINAS GERAIS, 2002a).

A 3ª Câmara Cível também já acolheu a possibilidade de ajuizamento de nova ação investigatória se a decisão da ação anterior não exclui categoricamente a paternidade ou sua negativa em face da precariedade ou ausência de provas (MINAS GERAIS, 2002b). No voto, o Relator, Des. Isalino Lisboa, cita o mineiro Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (RE nº 226.436-PR) que aborda o tema com maestria e reconhecida capacidade, ao lecionar que:

Todo julgamento que examine e/ou resolva (homologue transação: resolver sem examinar) a pretensão é julgamento de mérito. Aqueles outros que se limitam à análise de aspectos processuais ou constitucionais relativos à pretensão à tutela jurídica são julgamentos de não-mérito.

Sejam os julgamentos (sic) de mérito ou não mérito, sempre hão de alcançar um momento em que não podem mais ser atacados através de recurso, quer porque vencido o prazo para a interposição dos cabíveis.

Os julgamentos de não mérito, porque não resolvem o litígio, não impedem o retorno da matéria ao Judiciário, outra vez provocado em novo processo. Até porque o litígio que deu ensejo ao primeiro processo restou irresolvido (Contribuição à Teoria da Coisa Julgada, Paulo Roberto de Oliveira Lima, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 19/20).

Conclui assim o eminente Min. Relator em seu jubiloso voto acima citado, no que se aproveita no caso em discussão:

Na hipótese tratada, ocorreu tão-somente a coisa julgada formal (aquela que não comporta mais recursos e é a palavra final naquele processo), porque a decisão inserida no v. acórdão acima citado deixou o litígio irresolvido, sem estabelecer se o Requerido era ou não o pai do Autor. Apenas se pronunciou sob a ótica processual, dispondo que não havia prova suficiente para o deslinde da controvérsia.

Assim, ocorrendo, nada impede que o autor retorne ao Judiciário, em outro processo, para buscar a tutela de seu direito, principalmente agora que o avanço da ciência lhe permite a prova do DNA e o próprio Estado lhe coloque este sofisticado exame à disposição através de convênio firmado entre a Corregedoria de Justiça e a Secretaria de Justiça e Cidadania.

Entendo que não permite à autora/recorrente o ajuizamento de nova ação, agora que tem à disposição o exame de DNA, proporcionado pelo Estado, o que não lhe estava disponível à época da primeira ação, já que o exame de sangue realizou pelo sistema ABO, fator RH, não descartou à época a probabilidade do recorrido ser o pai biológico da autora, mas foi declarado insuficiente pelo v. acórdão que o apreciou; impedir dito ajuizamento é o mesmo que condená-la "ad aeternum" a não ter paternidade.

Não obstante as respeitáveis considerações colocadas contrariamente na enciclopédia doutrinária, tenho que, no caso, dadas as suas peculiaridades, somada à maliciosa atitude do recorrido, que até agora

nada fez de útil para a busca da verdade, furtou-se à citação e ao exame do DNA pedido nos autos e em diversas outras ocasiões em que se aviaram várias outras cautelares em busca da produção de prova antecipada, a melhor solução está na busca de posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

O Direito de Família está dentre os ramos do Direito que apresentam as mais rápidas e consagradas evoluções, não somente no campo da cultura, dos costumes e dos valores sociais e morais do povo brasileiro em especial; mas também, no terreno da ciência foi possível importar sistemas de pesquisa científica da ascendência e descendência genérica do indivíduo humano e que provocaram verdadeira revolução na afirmação judicial da paternidade, com margens inéditas de declaração pioneira da verdade real e cujos efeitos, parece, ainda, não foram devidamente aquilutados pela ciência jurídica que evoca a autoridade da coisa julgada para as demandas passadas. (A Coisa Julgada na Investigação da Paternidade — Rolf Madaleno — apud Resp nº 226.436-PR).

Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana. (STJ — Resp nº 4.987-RJ — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo — DJ 28.10.91 — RSTJ 26/378).

Assim, cada vez mais se fortalece a posição doutrinária e jurisprudencial de relativizar a coisa julgada nas ações investigatórias, quando a ação anterior for julgada improcedente sem reconhecer ou excluir a paternidade por ausência ou insuficiência de provas, permitindo o ajuizamento de nova investigatória quando existirem provas suficientes para demonstrar o vínculo biológico.

A segunda questão que deve ser abordada e enfrentada é a das hipóteses em que a sentença transitada em julgado examinou o mérito e reconheceu ou excluiu a paternidade, existindo pronunciamento judicial de certeza de que o investigado é ou não o pai do investigante, surgindo prova posterior contrária à decisão. Será possível a rediscussão ou a sentença transitou em julgado materialmente?

O tema é complexo, pois admitir relativizar a coisa julgada material coloca em risco a segurança jurídica e viola garantia constitucional do titular do direito.

Por outro lado, a sentença que estabelece uma paternidade irreal é abusiva e viola o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), ao estabelecer uma inverdade no vínculo mais caro do ser humano.

Com efeito, a meu sentir, a coisa julgada material nas ações investigatórias também não pode ser agasalhada sob o manto do caráter absoluto e da imutabilidade, sobrepondo a verdade, envolvendo direitos indisponíveis nas ações de estado, não podendo ser tolerado que se eternizem erros e injustiças sob o pretexto de não eternizar litígios.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão citado no parecer já referido do Promotor de Justiça Carlos Alberto Ribeiro Moreira, acolheu por maioria que nas ações de investigação de paternidade não se materializa a coisa julgada, decidindo que:

PROCESSO CIVIL – COISA JULGADA – AÇÃO DE ESTADO – INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE – 1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas em que não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. 2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas. (DISTRITO FEDERAL, 1999).

Vale registrar que o mesmo Relator, em julgamento anterior, relativizou a coisa julgada nas ações investigatórias, ao fundamentar em seu voto que:

[...] 1. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam

*ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma sequência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. 2. A 'coisa julgada' não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais [...] (DISTRITO FEDERAL, 1998, grifo nosso).*

Com efeito, a evolução da engenharia genética, as mudanças dos costumes e redefinição de valores, especialmente no contexto familiar, não permite ao Judiciário a manutenção de conceitos pretéritos, incumbindo-lhe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça e na busca da verdade real, ajustando-se à modernidade dos tempos e à evolução das pesquisas genéticas.

A sociedade moderna, cada vez mais exigente, não aceita e não tolera decisões judiciais contrárias à realidade dos fatos, existindo à sua disposição meios para comprovar o erro do pronunciamento judicial, necessitando, repita-se, serem revistos os conceitos jurídicos que não se amoldam aos tempos atuais, evitando-se o distanciamento da evolução da engenharia genética e o direito.

Assim, a conclusão a que se chega é a de que nas ações investigatórias ou negatórias de paternidade, é tão repulsivo e censurável um pai não reconhecer o filho quanto se impor uma falsa paternidade. A coisa julgada deve ser relativizada não apenas nas decisões que negaram o pedido por ausência ou insuficiência de provas mas também nos pronunciamentos judiciais que reconheceram ou negaram o vínculo biológico, se existir prova idônea e capaz de comprovar os fatos alegados pelo autor, por se tratar de ação de estado e do direito indisponível do ser humano de conhecer sua verdadeira paternidade ou filiação e esse ato atinge sua dignidade como pessoa humana, princípio garantido constitucionalmente e que deve sobrepor à coisa julgada.

O sentimento, o vínculo e a relação afetiva entre pais e filhos é de tamanha grandeza — somente quem já possuiu filhos é capaz de avaliar — que o

genitor chega ao ponto de desejar transferir aos filhos tudo o que lhe causa conforto, alegria e realizações, como as vitórias no campo profissional, o afeto, um grande amor, serenidade, segurança, prazer, e de assumir, para poupá-los, todas as desventuras do ser humano, como as dores do corpo e da alma, as desilusões, frustrações, tristezas, humilhações, fome e até a morte.

Raros não são os casos de pais que abdicam da busca da felicidade, da realização pessoal, do próprio caminho, para se dedicarem aos filhos e auxiliá-los na sua caminhada e no seu engrandecimento, não podendo sentimentos tão nobres dos seres humanos serem inibidos na busca da verdade real da filiação pela coisa julgada.

## 5 CONCLUSÃO

O reconhecimento dos filhos é amplamente permitido, de forma voluntária ou compulsória, sendo a iniciativa conferida ao filho, aos seus herdeiros — se o pai iniciou a ação em vida ou morreu incapaz — e ao Ministério Público.

A ação negatória de paternidade é imprescritível e personalíssima, cabendo ao marido contestar a legitimidade dos filhos havidos na constância do casamento ou presumidos.

A ação retificatória do registro civil é cabível para o pai retificar o assento de filhos havidos fora do casamento, quando induzido em erro ou falsidade ideológica, ou pode ser intentada para o filho, havido ou não do casamento, ver declarada inexistente a filiação incorreta. Nesse caso, pode ser cumulada com investigatória de paternidade contra seu verdadeiro pai.

É cabível nova ação de paternidade com outras provas, na hipótese de ação ajuizada anteriormente ser julgada improcedente por ausência ou insuficiência de prova segura, não tendo sido negado ou reconhecido o vínculo biológico, não fazendo nesse caso coisa julgada material a pretérita ação.

A relativização da coisa julgada material nas ações investigatórias ou negatórias de paternidade deve ser estendida para as ações em que a decisão reconheceu ou negou a paternidade, se na ocasião não existia ou não foi realizada prova pericial suficiente para demonstrar ou excluir com certeza o vínculo biológico, visto que uma paternidade irreal viola direito indisponível e a dignidade da pessoa humana, que devem sobrepor à garantia da coisa julgada material.

## Referências Bibliográficas

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2446-DF, acórdão nº 115354. Relator: Waldir Leôncio Júnior. Relator designado: Des. Valter Xavier. Brasília, 12 de abril de 1999. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 30 jun. 1999. p. 33.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 4640097-DF, acórdão nº 103959. Relator: Valter Xavier. Brasília, 09 de fevereiro de 1998. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 abr. 1998. p. 58.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 247.666-1/00. Agravante: José Domingos Pinto. Agravado: Isac Bruno Almeida. Relator: Des. Francisco Lopes de Albuquerque. Belo Horizonte, 14 de maio de 2002. *Minas Gerais*: Órgão Oficial dos Poderes do Estado. Diário do Judiciário, Belo Horizonte, 26 set. 2002. Caderno 2. p. 1.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 264.746-9/00. Apelante: Gabriela Amoni. Apelado: Marcos Vinicius Maranhão de Souza. Relator: Isalino Lisboa. Belo Horizonte, 07 de novembro de 2002. *Minas Gerais*: Órgão Oficial dos Poderes do Estado. Diário do Judiciário, Belo Horizonte, 09 abr. 2003.

# **AINDA SOBRE O TRATAMENTO DA REVELIA DO ACUSADO CITADO POR EDITAL**

**ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO**  
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Mestre e Doutorando em Direito Processual  
Professor da PUC/MG

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 A retroatividade da Lei nº 9.271, de 14.07.1996 – 3 Prazo de suspensão da prescrição – 4 Medidas cautelares da Lei nº 9.271, de 14.07.1996 – 5 Do recurso cabível da decisão que suspende o processo – 6 Aplicação da Lei nº 9.271, de 14.07.1996 à legislação extravagante – 7 Outras questões correlatas – 8 Conclusão

## **1 INTRODUÇÃO**

O advento da Lei nº 9.271, de 14.07.1996, modificando o tratamento do réu citado editaliciamente, vem sendo saudado pela maioria dos juristas como um avanço processual. Isto, porque a suspensão do processo com a correlata suspensão do prazo prescricional para o acusado citado por edital, que não comparece e não constitui advogado, teria dois fundamentos políticos, anota Grinover (1996, p. 1). O primeiro, preponderante, pelo cunho constitucional, visto que:

Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob o aspecto dinâmico (correspondendo à igualdade de armas), indicam a necessidade de sua observância efetiva e concreta, não se satisfazendo com um enfoque meramente formal. O contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício da defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia.

No segundo aspecto, ligado à polícia judiciária, a prática revela que, se não citado pessoalmente, dificilmente o acusado será encontrado para cumprimento de eventual condenação, gerando, na anterior disciplina, dispêndio de tempo e material judiciário para findar feitos que não teriam qualquer efetividade, mormente, quando se apresentam milhares de mandados de prisão

não cumpridos, leciona Grinover (1996, p. 1).

Todavia, tal modificação não fica isenta de críticas. Já no início da vigência da nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal – CPP, manifesta era a preocupação de constituir uma válvula de impunidade, especialmente, para aqueles que, em débito com sua consciência e com a justiça, optariam por foragir ou evitar a citação pessoal, alerta Cruz (1996, p. 2). Outros observam um formalismo excessivo, cuja consequência é a prosperidade das ações penais somente com a concordância dos denunciados, numa inversão de posições: solto é o acusado que decide, ou não, se vai ser processado pela Justiça Criminal, e não o contrário, esclarece Andrada (1997, p. 12).

Com a nova redação, o art. 366 extingue a figura da revelia do réu citado por edital que não comparece ao processo – sendo tratado como *ausente* – com a suspensão do processo e do lapso prescricional. Apenas, após citado pessoalmente, e não desejando participar do processo, o réu submete-se aos efeitos da contumácia.

No presente trabalho, procurar-se-á analisar todas as polêmicas trazidas pela nova legislação, bem como, criticamente, aferir a sua importância em um contexto de Modelo Constitucional do Processo no paradigma do Estado democrático de direito.

Embora antedita legislação se encontre em vigor há mais de cinco anos, o tema não se encontra esgotado, na medida em que a abordagem ao mesmo é procedida muitas vezes de forma assistemática, sem preocupação com um estudo paradigmático e epistemológico ancorado em princípios constitucionais, que apresentam um contorno mais nítido das polêmicas trazidas pela nova legislação, possibilitando ainda uma resolução científica e ordenada de tais questionamentos, bem como aferir o lugar por onde caminha a jurisprudência.

## **2 A RETROATIVIDADE DA LEI Nº 9.271, DE 14.07.1996**

A primeira questão a suscitar atenção dos juristas foi a possibilidade de aplicação da novel legislação a processos anteriores a sua vigência. Não se pode furtar a tal estudo, tendo em vista o amplo debate acadêmico e jurisprudencial que tal tema suscitou, imiscuindo-se em aspectos constitucionais correlatos, além da possibilidade de reflexos em fatos cuja apuração ainda não se encerrou.

É praticamente unânime o entendimento de que a norma do art. 366 do CPP tem natureza mista processual, no tocante à suspensão do processo, e natureza penal, quando se refere à prescrição. Tal natureza híbrida permite a perquirição acerca da retroatividade, ou não, da parte mais benéfica da disposição de natureza processual (suspensão do processo), enquanto que a parte

mais prejudicial, de cunho penal (suspensão da prescrição), seria aplicada somente a partir da vigência, conforme o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, adotado pela Carta Magna em seu art. 5º, XL.

Derivam, pois, três correntes de pensamento acerca da aplicabilidade da Lei nº 9.271/96: irretroatividade total da nova lei; irretroatividade da parte benéfica (processual) e irretroatividade da parte prejudicial (penal); e irretroatividade integral da lei nova.<sup>1</sup>

Pugnou-se, pois, pela incidibilidade da disposição, que não se aplicaria a infrações penais anteriores à vigência legal, registra Jesus (1996, p. 3). Em face do princípio da isonomia das partes e seu corolário — a paridade de armas — deve haver equilíbrio entre acusação e defesa. Ele trata, assim, a polêmica:

É sob esse fundamento que o art. 366, *caput*, do Código de Processo Penal em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo. Não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, no tema em foco, enquanto a defesa do réu revel citado por edital tem a seu favor a suspensão do processo, a acusação tem a arma da suspensão do prazo prescricional. (...) Por isso, a corrente que se orienta no sentido da suspensão dos processos em andamento, permitindo, porém, o curso do prazo prescricional, desequilibra a balança, dando à defesa, como arma, uma metralhadora e, à acusação, um revólver calibre 32 sem balas. É como colocar os autos do processo no armário, aguardando-se a prescrição. (JESUS, 1996, p. 504).

Haveria, neste particular, um desequilíbrio da relação processual, até porque, enquanto o Estado é manietado, a prescrição corre solta em favor do réu, no dizer de Fülher (1997, p. 7). Este ainda assevera que, muitas vezes, a suspensão do processo pode não ser benéfica para alguém, existindo situações em que pode ser conveniente ou não:

É costume dizer que o processo é leve para o criminoso habitual e pesado para o pai de família pego em pequeno deslize. Um ou outro pode desejar que o

<sup>1</sup> Felipeto (1999, p. 487) e Guibo (1997, p. 161) registram uma quarta corrente, que defenderia a suspensão da prescrição, sem a suspensão do processo, refutando-a de plano, porque vulnera tanto o art. 5º, XL, da CF/88, quanto o art. 2º do CPP, por fazer retroagir a aplicação de lei em prejuízo ao réu e deixar de aplicar a regra processual do *tempus regit actum*.

processo acabe e a situação instável termine. Uma condenação pode ser o elo para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Führer aduz, ainda, que ao aplicar-se o dispositivo legal cindido, estaria o intérprete selecionando parte do diploma legal, negando aplicação do restante do texto, que lhe é logicamente decorrente, redundando, na prática, em criação de novo texto legal.

Anota Almeida (1996, p. 6) que pela *mens legis* não foi intenção do legislador prestigiar o contraditório e a ampla defesa em detrimento da aplicação da lei penal, com o abandono do esforço estatal de responder, mediante a aplicação de sanção de natureza penal, ao ato criminoso perpetrado pelo réu. Lembra, ainda, que a mensagem do projeto que originou a lei em exame consignava como *mens legis* o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, dando maior celeridade, racionalidade e eficácia, trazendo reflexos na redução da impunidade, que aumentaria caso adotada a corrente contrária.

Cazetta (1997, p. 7) vislumbra a impossibilidade de cisão da norma, por ser interdependente, ofendendo tal mister a lógica interna da regra jurídica, observando ainda, que caso adotada tal posição pelo Ministério Público, este estaria mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, face iminente prescrição de inúmeras ações penais em andamento. Ademais, o sentido teleológico da norma estaria centrado no binômio efetividade do processo e fortalecimento do contraditório, em um todo harmônico que não poderia ser separado em partes autônomas sem prejuízo da organicidade, complementa o autor. Nesse sentido, Guibo (1997, p. 161) vê nítida a intenção legislativa, de que a providência da suspensão do processo não pode ser tomada sem a outra, a suspensão do curso do prazo prescricional, já que indicada pela conjunção coordenativa aditiva “e”.

Baseando-se no art. 2º do CPP e observando que a Lei nº 9.271/96 buscou regular a revelia daquele que, citado por edital, não comparece ao chamado judicial, Silva (1996, p. 4) considera que tal instituto é de natureza estritamente processual, e seus efeitos correlatos (suspensão do processo e da prescrição) servem a tal desiderato, não podendo retroagir para anular ou rescindir revelia regularmente decretada antes de sua vigência, pois tal ato processual mantém plena eficácia mesmo em face de lei nova.

Dada a impossibilidade de retroação da disposição de cunho processual para regular fatos que já produziram efeitos sob a égide da lei anterior e por isso se tornaram irrevogáveis em face do devido processo legal que era previsto para a aplicação da revelia do acusado, não há como emitir raciocínio diferente, acredita Almeida (1998, p. 76).

Uma segunda corrente, nascida em estudos do jurista Gomes (1996, p. 4), ampara-se na doutrina portuguesa expressa em obra de Carvalho,<sup>2</sup> que trata da ponderação unitária ou diferenciada da norma. A primeira significa:

Que é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada; a ponderação diferenciada, considerando a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia de cada uma das disposições, defende que deve proceder-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, podendo, portanto acabar por aplicar ao caso "subjudice", disposições de ambas as leis. (CARVALHO, 1990, p. 154).

No que tange ao problema em comento, parte Gomes da premissa de que o art. 5º, XL, da CF/88, pelo qual *a lei penal não retroagirá*, salvo para beneficiar o réu, determina dois comandos jurídicos: irretroatividade da lei penal (nova) prejudicial e irretroatividade da lei penal benéfica, que alcança, inclusive, as leis processuais penais materiais, importando a afetação de direitos e garantias fundamentais da pessoa, e não a natureza da norma, se penal propriamente dita ou processual. Interessa, pois, saber, se em sucessão de leis um substancial direito do acusado foi ou não atingido.<sup>3</sup> Registrando que, no Direito brasileiro, a possibilidade de combinação de leis penais sucessivas<sup>4</sup> (ponderação diferenciada) é motivo de controvérsia antiga, Gomes sugere sua aplicação no que tange às disposições da Lei nº 9.271/96, por encontrar assento constitucional, sendo admitida pela jurisprudência brasileira, quando com base na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368, de 21.10.1976), com combinação de partes benéficas desta lei com a anterior (Lei nº 5.726, de 29.10.1971). Gomes registra, ainda, que não pode ser eficaz, no Estado de direito, o disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, do Código Penal Militar – CPM,<sup>5</sup> definindo assim a questão:

<sup>2</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de (apud GOMES, 1996, p. 4).

<sup>3</sup> É a doutrina constitucionalista, americana do *substantial right*, pela qual se observa se um direito ou garantia constitucional foi afetado, e não a natureza da norma, caso em que haverá inconstitucionalidade, conforme Chut (1996, p. 559) que adota a posição exposta por Gomes.

<sup>4</sup> Sobre combinação de leis penais sucessivas Toron (2000, p. 445) observa que Basileu Garcia e José Frederico Marques a admitiam ainda na vigência do Código Penal de 1940. Na legislação italiana, portuguesa e espanhola, há norma legal vedando expressamente tal combinação, o que incorre na lei penal brasileira, exceto no Código Penal Militar. Conclui pela possibilidade de tal simbiose, visto que o Magistrado não está criando *terza legge*, mas exercendo a função de intérprete de leis. A respeito vide, ainda, Franco (1984, p. 285).

A doutrina da irretroatividade total da nova lei, respaldada embora em maior segurança jurídica, no que se refere à sua parte benéfica, deixa de atender o preceito constitucional da retroatividade da lei nova benéfica (ferindo, com isso, o que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF). A posição da retroatividade total da lei nova, incluindo o que se relaciona com a suspensão do curso prescricional, viola também a CF, visto que admite a retroatividade de uma lei prejudicial. A única postura que não faz tabula rasa da Constituição é a intermediária, segundo a qual deve retroagir a parte benéfica (processual garantista) e não retroagir a parte prejudicial (suspensão do curso da prescrição).<sup>6</sup>

Nesse particular, o direito à informação passa a ter caráter absolutista, sendo necessário oferecer aos réus révéis citados por edital a oportunidade de conhecer a acusação, sendo aplicável aos processos pendentes no estado em que se encontram, considera Ibiapina (1997, p. 19).

Ademais, ressaia mais vigoroso o espírito de se garantir o exercício do direito de defesa, consoante exposição de motivos da Lei nº 9.271/96 e do Pacto de São José da Costa Rica, aduz Felipeto (1999, p. 487), relembrando que o art. 413 do CPP suspende o processo, enquanto não for o réu intimado da pronúncia sem suspensão do prazo prescricional, não sendo, em nenhum momento, considerado fator de impunidade.

Jardim (2001, p. 362) considera que pretensa impunidade decorre da inoperância do Estado em localizar e prender o réu:

De nada vale processar e condenar alguém, violando-se o contraditório e a ampla defesa, que, no caso, é meramente formal, e depois restar o mandado de prisão sem cumprimento, porque não se localiza o réu. Há milhares de mandados de prisão para serem

---

<sup>5</sup> "Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

§ 1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível.

§ 2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato."

---

<sup>6</sup> Felipeto (1996, p. 487) adota a mesma posição, registrando uma imprecisão terminológica ao se falar em retroatividade da norma mais benéfica, visto que a suspensão do processo reclama a sua aplicação imediata aos processos em curso, consoante art. 2º do CPP, excetuados, portanto, os feitos amparados pelo manto da coisa julgada.

cumpridos e, talvez, a impunidade decorra disto e não de garantir ao réu o devido processo legal.<sup>7</sup>

Baseados também na impossibilidade de cisão da lei, os partidários da retroatividade total do art. 366 do CPP pugnam pela sua aplicação retroativa integral, pois não se pode escolher qual parte de lei deva ser aplicada, pois, se assim fosse, haveria desequilíbrio processual, retirando-se o direito do Estado de perseguir a punição, mantendo-se o agente beneficiado com o decurso do tempo (FELIPETO, 1999, p. 487). O réu seria beneficiado com tal retroação, considera Sampaio Júnior (2000, p. 64-65), visto que mera ameaça de uma condenação, ainda que perdurando maior tempo em relação ao tempo de suspensão da prescrição, é menos que uma efetiva condenação.<sup>8</sup>

Note-se que, com o advento da Lei n° 9.099 de 26.09.1995, não se negou retroatividade ao art. 89, que trata da suspensão condicional do processo. Ademais, desde a entrada em vigor, em nosso ordenamento jurídico, do Pacto de São José da Costa Rica, por meio do Decreto n° 678 de 06.11.1992, já não seria possível a prolação de sentença em processo em que o réu é ausente, conforme Cunha (1998, p. 251).

A discussão deve ser procedida em face do Modelo Constitucional do Processo, baseado em seus princípios institutivos. A aferição da norma do art. 366 do CPP transcende a discussão acerca da sua natureza penal ou processual, visto que, em face do *substantive due process*, o que importa saber é a lesão ou possibilidade de lesão de um direito ou garantia individual.

Neste patamar, observa-se que a suspensão do processo beneficia o acusado, enquanto a suspensão da prescrição o prejudica. Não é possível a retroação da norma, como exposto pelo princípio consagrado da retroatividade da lei penal somente se benéfica.

O cerne da questão aí se encontra, visto que tratando a multicitada modificação ao art. 366 de dúplice consequência, que visa equilibrar o jogo de forças entre defesa e acusação, a lógica seria a aplicação dos dois institutos de pesos iguais em qualquer caso (suspensão do processo com suspensão da prescrição). Aplicando-se apenas um, haveria desequilíbrio processual.

Vislumbra-se, pois, um atrito, dentro do devido processo legal, entre os princípios institutivos do processo, digladiando-se o contraditório e a ampla defesa contra a isonomia, trazendo à baila interessante pergunta: é possível, dentro do devido processo legal, a preponderância de um princípio sobre o outro? Notadamente, no processo penal, a resposta deve ser positiva, na medida em que o processo origina-se na Constituição e o contraditório é seu ele-

<sup>7</sup> Encampa tal posicionamento: Sampaio Júnior (2000, p. 74).

<sup>8</sup> É interessante notar que não se observou a defesa desta corrente por nenhum jurista específico, e sim, menção a tal pensamento pelos estudiosos da pendenga.

mento definidor, como referente à participação das partes.

A citação pessoal é o ato que possibilitará o adimplemento do contraditório; a possibilidade do acusado se defender. Sua importância processual é enorme, na medida em que poderá o réu presente valer-se da autodefesa e/ou oferecer elementos probatórios para uma defesa técnica eficiente, suplantando-se uma presunção legal muitas vezes viciosa e inefetiva.

Dada tal característica, o princípio da isonomia fica mitigado, no que tange aos fatos ocorridos antes do advento da Lei nº 9.271/96, pelo desnível ocorrente, na medida em que somente dever-se-á aplicar a suspensão do feito, o que, ademais, é possível no processo penal, face ao princípio do *favor rei*.

Em face da adoção pelo direito interno do Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União em 09.11.92, que determina a citação pessoal do acusado antes mesmo da vigência da Lei 9.271/96, tal entendimento se apresenta aplicável aos fatos ocorrentes, a partir de tal data, cujos processos ainda não transitaram em julgado. Aqueles em que tal ocorreu podem ser objeto de revisão criminal, para que seja procedida a nova colheita probatória com a presença do acusado, excetuando-se os que tenham sido extintos pelo cumprimento integral da pena. Não obstante, a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal – STF quanto do Superior Tribunal de Justiça – STJ,<sup>9</sup> caminha pela impossibilidade de retroatividade da lei.

### 3 PRAZO DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

No advento da Lei nº 9.271/96, grassou também a polêmica acerca do prazo de duração da suspensão da prescrição, em sendo omissa acerca da limitação temporal. Antes mesmo de entrar em vigor, alguns doutrinadores sugeriram soluções para o desate da pendenga.

Assim, Franco (1996, p. 2) observava que a equivocidade legal pode-

<sup>9</sup> “STF – HC nº 74.695-1-SP – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 11.03.1997 – DJU 09.05.1997, p. 18.130; HC nº 75.284-5-SP – 1ª Turma – Rel. Min. Ilmar Galvão – J. 04.03.1997 – DJU 09.05.1997, p. 18.129; HC nº 75.284-5-SP – 1ª Turma – Rel. Min. Moreira Alves – J. 14.10.1997 – DJU 21.11.1997, p. 60.587; HC nº 76.003-1-RJ – 1ª Turma – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – J. 18.11.1997 – DJU 19.12.1997, p. 44. STJ – RHC nº 6.262 – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – J. 01.04.1997 – DJU 05.05.1997, p. 17.067, ementa parcial; RHC nº 6.372-SP – 6ª Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – J. 09.06.1997 – DJU 30.06.1997, p. 31.083; RHC nº 6.981-RJ – 6ª Turma – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – J. 02.12.1997 – DJU 03.08.1998, p. 325; Resp nº 142.251-SP – 6ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – J. 16.09.1997 – DJU 13.10.1997, p. 51.630,” citada por Vilas Boas (1999, p. 307-309).

ria ser corrigida, ou por outro texto de lei, ou com a admissão por via jurisprudencial de hipótese oblíqua de crime imprescritível sem amparo constitucional, ou com a criação pretoriana de termo final para a causa de suspensão instituída.

Mais longe, Jesus (1996, p. 3) antevia o surgimento de seis correntes<sup>10</sup> acerca do tema.<sup>11</sup> O citado doutrinador considera que o prazo de suspensão da prescrição não pode ser eterno, pois, caso contrário, estar-se-ia criando uma causa de imprescritibilidade por via oblíqua. Os casos que não admitem prescrição são enumerados pela Constituição Federal<sup>12</sup> e, portanto, não podem ser alargados pela lei ordinária. Neste caso, somente a morte do agente extingiria a punibilidade. Se em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que diante da revelia pudesse exercê-la indefinidamente. Logo, entende que o limite do prazo prescricional corresponde aos prazos do art. 109 do Código Penal – CP, no tocante ao máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente, sendo justo o critério, uma vez que, se tal prazo é utilizado para a extinção da punibilidade, deve ser o apreciado na suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva.<sup>13</sup>

Encampa tal posicionamento Gomes (1999, p. 169), para quem deve o juiz declarar, na suspensão do processo, o prazo de suspensão da prescrição, indo contra corrente jurisprudencial, para a qual, sendo evento futuro e incerto, não seria necessário tal mister.<sup>14</sup>

Choukr (1998, p. 41) apóia-se na possibilidade de reconhecimento da prescrição antecipada, ainda antes do exercício da ação penal, com base na presumível pena em concreto, para atestar a aplicação do art. 109 do CP pelo

<sup>10</sup> Seriam as seguintes: “1ª – a lei não fixou limite, de modo que o termo final do prazo suspensivo ocorre na data em que o réu comparece em Juízo, qualquer que seja o tempo decorrido; 2ª – deve ser considerado o máximo abstrato da pena privativa de liberdade cominada à infração penal; 3ª – leva-se em conta o mínimo abstrato da pena privativa de liberdade cominada; 4ª – tem-se em vista o limite máximo do prazo prescricional previsto em nossa legislação, que é de vinte anos (CP, art. 109, I); 5ª – o limite temporal da suspensão é o mesmo da prescrição (CP, art. 109), em atenção ao mínimo abstrato da pena privativa de liberdade; 6ª – o limite extremo superior da suspensão da prescrição é o mesmo do art. 109 do CP, regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração penal.”

<sup>11</sup> Jardim (2001, p. 363) considera artificial e arbitrária a criação doutrinária de um prazo de suspensão, por estar-se legislando no lugar do legislador, questionando, em termos constitucionais, a aplicação das duas normas do art. 366, mesmo aos crimes cometidos após a sua vigência.

<sup>12</sup> São imprescritíveis os crimes de prática de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

<sup>13</sup> Neste sentido, o seguinte acórdão: “O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal.” (RHC nº 7.052-RJ – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – J. 07.04.1998 – DJU de 18.05.1998, p. 114), citado por Vilas Boas (1999, p. 310).

mínimo da pena como base para cômputo do prazo prescricional, além do que, o art. 7º, § 5º, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determina que os processos devem terminar em prazo razoável, concluindo como noção de razoabilidade a pena mínima em abstrato. Sampaio Júnior (2000, p. 48) considera que não se estaria combinando os dispositivos dos arts. 109 do CP e 366 do CPP, mas legislando outro dispositivo, pois nenhuma norma manda aplicar a pena mínima para incidência da prescrição.

Não padeceria a lei de vício de inconstitucionalidade, por não estabelecer prazo de suspensão, até porque o arts. 53, § 2º, da CF/88, e 116 do CP, também não o fazem, defende Dotti (1996, p. 401). Nestes casos, o prazo máximo de suspensão seria de vinte anos, adotando-se a regra do art. 109, I, do CP, qualquer que seja a pena aplicada ao delito, sem qualquer injustiça material, visto que se resume a *quaestio*, em razões de política criminal, conforme Tourinho Filho (1999, v. 3, p. 196-201): com efeito, basta verificar que a Constituição de 1988 prevê a imprescritibilidade do crime decorrente de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). E a lei ordinária que definir as hipóteses típicas de tal ilícito, poderá cominar penas moderadas para algumas modalidades, tanto em nível de autoria como de participação. Assim, o responsável por uma infração de menor consequência lesiva, mas integrada no aludido rol, sofrerá os ônus decorrentes da imprescritibilidade.<sup>15</sup>

Guaragni (1997, p. 84) considera ilógica tal premissa, visto que, mesmo no Direito Penal da culpabilidade, suas funções preventivas devem guardar correlação com a proporcionalidade em relação ao fato. Sampaio Júnior (2000, p. 44) exemplifica com a lesão corporal leve, prescrita em quatro anos e com prazo suspenso de vinte anos, por seu autor ter sido citado por edital.

Viveiros (1996, p. 3) não vê a suspensão do prazo prescricional como norma genuína de direito material, mas como sanção processual, não sendo exigível, portanto, um termo delimitado. Sendo a ausência quase sempre uma opção do processado, estabelecer-se-ia um sistema de sanção-prêmio: reaparecendo, ele ganharia o bônus da contagem do prazo anterior ao despacho, em compensação, o prazo de suspensão não possuiria limite.

No mesmo talante, Führer (1997, p. 7), para quem não se trataria de imprescritibilidade a não-definição do prazo suspensivo prescricional. Isto,

<sup>14</sup> RJD 32/460, RJD 33/422, RJD 34/477, RJD 35/442, RJD 35/446, todos os arrestos do TACRIM-SR, citados por Betanho (2001, p. 1540).

<sup>15</sup> Modificando entendimento anterior, que considerava a ausência de fixação de prazo como sinal de imprescritibilidade, e, portanto, inconstitucionalidade, espera que o direito pretoriano perfaça uma interpretação condizente, que pode até ser o prazo de vinte anos.

porque a lei traz outros casos de suspensão em que não se discute tal questão, como é o daqueles que exercem mandato eletivo em casas legislativas, e que não podem ser processados sem licença (art. 53, §§ 1º e 2º, da CF/88). O sentido do texto seria consignar, à vontade do acusado, o termo final da suspensão, não se tratando, pois, de vingança estatal. Também Chut (1996, p. 559), que além de referir-se ao exemplo antecitado, acrescenta a hipótese da suspensão da ação penal em face de questão prejudicial devolutiva absoluta (art. 94 do CPP) e correspondente impedimento do curso prescricional (art. 116 do CP), estando, pois, a hipótese condizente com o ordenamento jurídico em geral.

Em via contraposta, Tredinnick (1997, p. 36-54) taxa de inconstitucional a suspensão da prescrição, sendo despiçando, pois, encontrar-se um lapso temporal. Arrima seu entendimento em face do que denomina imprescritibilidade virtual da nova redação do art. 366 do CPP, visto que, trazendo a Constituição Federal os dois únicos casos de delitos imprescritíveis, não poderia o legislador infraconstitucional alargar o leque. Ademais, o Poder Judiciário não poderia apreciar a questão, ferindo o princípio da inafastabilidade do judiciário, prescrito pelo art. 5º, XXXV, da CF/88, além do que a persecução criminal não encerraria em prazo razoável, como determina o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos (acatado pelo Decreto Legislativo nº 592, de 06.07.1992, art. 9º, nº 3). Aponta ainda questões de ordem prática, como o acúmulo físico de processos, com respeito a fatos que, no futuro, teriam ocorrido há mais de cem anos sem deslinde, face ausência da certidão de óbito do réu.<sup>16</sup>

Não é crível inferir inconstitucionalidade da disposição, na medida em que é possível uma interpretação legal compatível com o Modelo Constitucional do Processo, razão pela qual encontra-se a disposição em plena vigência.

A criação de novos casos de imprescritibilidade pelo legislador infraconstitucional é que pode ser considerada inconstitucional, e deve, de plano, ser rechaçada, visto que, pelo princípio do *substantive due process*, estabelecido pelo Constituinte os delitos imprescritíveis, o rol não pode ser estendido, até porque, nesta hipótese, em tese, qualquer crime poderia, por via oblíqua, tornar-se imprescritível, aguardando o comparecimento do acusado citado por edital.

O que se apresenta discutível é, exatamente, qual o prazo de suspen-

<sup>16</sup> Decorre de tal raciocínio, que subsiste somente a suspensão do processo como decorrência da revelia do citado por edital. Logo, caracterizado o caráter benéfico da norma, esta seria retroativa aos processos pendentes, e aplicável, inclusive, aos processos com trânsito em julgado, com sentença condenatória em execução, podendo o condenado produzir novamente a prova, com o fim de ensejar revisão criminal (TREDINNICK, 1997, p. 88-93).

são seria o mais viável, e o primeiro critério a ser adotado seria a regulação da prescrição pela pena em abstrato, visto que a adoção de prazo único de vinte anos igualaria todos os delitos que já foram desiguados pelo legislador, na fixação da respectiva sanção.

Aferindo-se, pois, os prazos previstos no art. 109 do CP, seria o prazo da suspensão calculado em face da pena máxima ou da pena mínima cominada a determinado delito? Deve-se socorrer, novamente, das premissas estabelecidas no tocante ao Modelo Constitucional do Processo e dos princípios do devido processo legal.

A fixação do prazo de suspensão pelo prazo máximo de prescrição da pena abstrata cominada ao delito apresenta-se como a condizente lógica, não só pelos argumentos coligidos pelos defensores de tal corrente, especialmente, pela aplicação por analogia das regras da citada disposição, mas, também, pelo fato de que, quanto maior o prazo de suspensão, maior a possibilidade de comparecimento do acusado ao processo e sua participação no procedimento para a elaboração do provimento final. Na verdade, está se aumentando a garantia do contraditório, na medida em que, para o modelo constitucional, importante não é a prescrição do processo, importante é a ciência pessoal do acusado, para que, assim o desejando, efetive ampla defesa.

É certo que, na seara penal, o processo, em si, representa um constrangimento ao indivíduo, devendo terminar em prazo razoável, o que justifica a adoção da pena mínima abstrata para cálculo da prescrição. Todavia, ainda não existe tal constrangimento, visto que o acusado não sabe que está sendo processado. Ademais, o entendimento discrepante garante tanto o contraditório e ampla defesa quanto a isonomia, razão pela qual deve ser o adotado.

Findo o prazo de suspensão, recomeça o curso normal do prazo prescricional, não sendo o caso de dar andamento ao processo, visto que pode, ainda, o réu, ser citado pessoalmente, e iniciar-se o contraditório efetivo.

#### **4 MEDIDAS CAUTELARES DA LEI Nº 9.271, DE 14.07.1996**

Dispõe a modificada redação do art. 366 do CPP que, ausente o citado por edital, pode o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

A produção antecipada de provas e a prisão preventiva disciplinadas pela Lei n.º 9.271/96 são vistas por Gomes Filho (1996, p. 5) como medidas cautelares, com seus requisitos concernentes à razoável probabilidade de reconhecimento do direito posto como cautela (*fumus boni iuris*) e o perigo de insatisfação daquele direito pela demora da prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*).<sup>17</sup> Dentro desta premissa, é que se desenvolverá o tema.

#### 4.1 A produção antecipada de provas

No tocante à produção antecipada de provas, logo surgiu a discussão acerca da sua obrigatoriedade, sendo ausente o citado por edital, visto que toda prova corre o risco de se extinguir pelo decurso do tempo, ou se subordinaria à colheita somente em caso de considerada urgente.

Acerca da prova testemunhal, uma primeira corrente a aceita nos casos do art. 225 do CPP, não admitindo a antecipação imotivada, por ser comum a mudança de endereço da testemunha, ou sua morte, pois, despidiendia seria a palavra *urgentes* empregada no texto (JESUS, 1996, p. 3). Não havendo tal avaliação de urgência, tais disposições não teriam eficácia quanto à economia processual ou garantia de defesa efetiva (GOMES FILHO, 1996, p. 5), além de ofender a *ratio legis*, cuja finalidade é a efetiva e concreta observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (PELUSO, 2000, p. 5).

Relembra Choukr (1998, p. 41) que, em face da natureza cautelar da medida, tem esta fundamentos distintos dos processos de conhecimento e executivo, sendo que a mera suspensão do processo não constitui situação que gere *periculum in mora*, ainda que o *fumus boni iuris* possa ser identificado. Complementa o autor:

É importante frisar este ponto, vez que, se o objetivo da lei é a plena participação do acusado na construção da verdade processual, a prova produzida antecipadamente de forma inadequada pode servir para frustrar o objetivo da lei que é por demais saudável e, na verdade, servir – metaforicamente – apenas como uma cilada processual, onde o réu ausente, ao ser localizado, já encontrará um acervo definido apenas aguardando a valoração final.

Jardim (2001, p. 363-364) adota tal pensamento, batendo-se pela ilegalidade e inconstitucionalidade da colheita de prova oral sob o pretexto de sempre ser urgente:

Tal entendimento implicaria em negar vigência concreta ao art. 366 do CPP, porque importaria em suspender tão-somente o prazo das alegações finais. O que a lei deseja, evidentemente, é que a fase mais im-

<sup>17</sup> Contra: Guaragni (1997, p. 96), para quem a produção antecipada de prova não serviria para assegurar a pretensão punitiva, pois poderia levar à sua insatisfação, além de ter caráter satisfativo, caracterizando-a como uma tutela de urgência diversa da tutela cautelar.

portante do processo, ou seja, a instrutória, não se realize sem que o réu dela tenha conhecimento, sem que o réu tenha contato com Defensor Público, fornecendo-lhe o nome das testemunhas e informações sobre as testemunhas arroladas na denúncia ou na queixa, permitindo-lhe, à época própria, requerer diligências. Tudo isto fica prejudicado se o processo não for suspenso após a citação por edital, consoante determina a lei. Dizer-se que toda prova oral é urgente é sofismar com o sistema processual. Tanto assim não é, que, quando a prova oral for realmente urgente, naquele caso específico, caberá à parte requerer a medida cautelar de antecipação de prova testemunhal, prevista no art. 225 do CPP.<sup>18</sup>

Se a eventual perda da memória for admitida, não haverá suspensão do processo, afirma Tredinnick (1997, p. 64-65), visto que a produção de prova antecipada será a regra em todo feito, com decretação da revelia do acusado citado por edital, além do que tal hipótese não está elencada no art. 225 do CPP.

Lembra Sampaio Júnior (2000, p. 86) que a decisão que deferir a produção antecipada de provas deve ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF/88). Todavia, alguns firmam o posicionamento de que sempre se deverá ouvir as testemunhas pelos riscos iminentes de desaparecimento da prova, como: mudança de endereço, esquecimento quanto aos fatos e falecimento, que impossibilitariam o alcance da verdade real, registra Gonçalves (1996, p. 8).<sup>19</sup>

Maluly (1997, p. 8) demonstra que, pela experiência forense, inúmeros depoimentos são perdidos com o decurso do tempo, citando o exemplo dos policiais civis e militares que atendem a inúmeras ocorrências no dia a dia, e, muitas vezes, são as únicas testemunhas do fato. Ele assevera que os arts. 92 e 93 do CPP,<sup>20</sup> ao tratarem de questões prejudiciais, consideram a prova testemunhal urgente.<sup>21</sup>

Sícoli (1996, p. 44) vislumbra na postergação da colheita da prova oral por prazo indefinido um fomento ao descrédito da sociedade no Poder Judiciário e a consagração da impunidade. Colhida a prova com o réu ausente, este estará representado por defensor dativo, o que atenderia ao princípio do

<sup>18</sup> Ferrari e Custódio (1997, p. 10) anotam a postura de vários juízes que suspendem o processo apenas após a oitiva das testemunhas de acusação.

<sup>19</sup> No mesmo sentido: Cruz (1996, p. 2).

contraditório, e caso compareça, poderá demonstrar a ocorrência de prejuízo e consequente nulidade da instrução processual.

Por sua vez, Chut (1996, p. 559) acredita que se deva reservar a urgência para as demais provas, colhendo-se a prova testemunhal por inteiro. Mesmo as provas materiais (pericial e documental) poderiam justificar a busca e apreensão pelo perigo de seu desaparecimento, assevera Gomes Filho (1996, p. 5), com exceção daquelas produzidas em sede administrativa e irrepetíveis, que seriam submetidas ao contraditório posterior pela elaboração de quesitos, conforme Tredinnick (1997, p. 66).

Em face da medida antecipatória implicar contraditório formal, com a presença de defensor dativo, defende Tredinnick (1997, 68) o direito do acusado, fazendo-se presente, de vê-la produzida novamente, à semelhança do disposto no art. 152, § 2º, do CPP, que trata da faculdade de reinquirição de testemunhas do réu que padeça de doença mental posterior à infração e que tenha se restabelecido.

Esta específica disposição, que causou acalorado debate, poderia ser aclarada com a interpretação literal do dispositivo que trata não somente da possibilidade de produção de provas urgentes mas das *consideradas* urgentes. Ora, se a prova deve ser considerada urgente pressupõe um juízo de ilação sobre a mesma. E se um juízo é necessário, é porque deve ser feito em face de um caso concreto, e não como presunção legal. Possível até que, para tal con-

---

<sup>20</sup> "Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que, no juízo cível, seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da *inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente*."

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo após a *inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente*.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento."(grifo nosso).

<sup>21</sup> Consoante art. 116, I, do CP:

"Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime."

clusão, utilize-se a lógica do art. 225 do CPP, mas este não contém toda a casuística. O intérprete deve ser cuidadoso no deferimento da produção antecipada, visto que o contraditório, neste caso, é formal, e se dirige para assegurar a existência da prova. Caso esta seja daquelas em que se apresenta possível uma repetição, comparecendo o acusado, ele pode requerê-la, com base no direito constitucional ao contraditório efetivo e o corolário da ampla defesa. Todavia, a jurisprudência do STJ vem entendendo que a mera revelia do acusado é justificativa para a produção da prova testemunhal.<sup>22</sup>

## 4.2 Prisão preventiva

Acerca da prisão cautelar, a pendenga refere-se a sua imperiosa necessidade como único meio de conseguir-se a presença processual do ausente ou a aferição da sua necessidade caso a caso.

Para alguns, a novel disposição não restaurou a prisão preventiva obrigatória, de nefasta lembrança no ordenamento jurídico, visto que sua decretação poderá ocorrer quando presentes os pressupostos dos arts. 312, 313 e 314 do CPP.<sup>23</sup> Não pode sê-lo, somente pelo fato do réu citado por edital ter deixado de comparecer em interrogatório, ou não ter constituído defensor (JESUS, 1996, p. 3). Devem, pois, ser aferidos os demais requisitos da processualística penal, vedada tal coerção para crimes culposos ou apenados com detenção, declara Gomes Filho (1996, p. 5), considerando, ainda, que a prisão processual obrigatória foi banida da legislação pela Lei 5.349, de 03.11.1967, e entendimento discrepante colidiria com o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). Observa-se o temor, expresso por Gonçalves (1996, p. 8), de que os juízes sejam mais rigorosos na outorga da liberdade provisória, concedendo-a, somente, após o interrogatório, visando ao curso normal do processo. Outros há que entendem que ela seria de regra obrigatória, por conveniência da instrução criminal e visando assegurar a aplicação da lei penal, mas restrita ao efetivo chamamento do réu e à comunicação da acusação. Realizados tais atos, não se manteria a coerção, conforme Führer (1997, p. 7).

Assevera Sampaio Júnior (2000, p. 91) que a prisão anterior à sentença condenatória transitada em julgado é odiosa, em face do princípio da pre-

<sup>22</sup> "RHC nº 6.343 – Rel. Min. Cid Fláquer Scartezini – DJU 29.09.1997, p. 48.236; RHC nº 7.101 – Rel. Min. José Arnaldo – J. 10.03.1998 – DJU 27.04.1998, p. 175; RHC nº 6.342 – Rel. Min. Edson Vidigal – J. 06.08.1998 – DJU 28.09.1998, p. 81; RMS nº 7.995 – Rel. Min. Vicente Leal – J. 19.03.1998 – DJU 20.04.1998, p. 108," citada por Betanho (2001, p. 1540).

<sup>23</sup> Neste sentido: "STJ – HC nº 6.378-SP – 5ª Turma – Rel. Min. José Dantas – J. 05.02.1998 – DJU 16.03.1998, p. 185," citado por Vilas Boas (1999, p. 309).

sunção da inocência, pois representa um extremo perigo ao cidadão, ainda não reconhecidamente culpado, sendo irreversível o encarceramento por um dia que seja, que pode causar um mal eterno, haja vista os erros e absurdos encontrados no sistema penitenciário.

Neste tópico, a menção ao art. 312 do CPP feita pelo art. 366, leva para a órbita toda a sua casuística legal, prevista nas disposições seguintes. Hodiernamente, a prisão processual vem sendo discutida pela sua lesão aos direitos e garantias individuais, e não é possível compactuar com aqueles que presumem a sua necessidade pela ausência do acusado, levando a uma prisão obrigatória que vilipendia os mais mezinhos princípios da ordem democrática. Além da análise das disposições legais, somente a detida aferição do caso concreto poderá justificar a utilização do gravame.

## 5 DO RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO QUE SUSPENDE O PROCESSO

Caracterizada a decisão suspensiva do processo como interlocutória, em face do princípio da recorribilidade das decisões com assento constitucional, deve-se perquirir acerca do cabimento recursal. Em princípio, a grande maioria dos juristas entende incabível a apelação, visto que tal decisão não é definitiva ou não tem força de definitiva, nos termos do art. 593 do CPP.<sup>24</sup>

Analisando a hipótese da retroatividade parcial da Lei nº 9.271/96, Stoco (1998, p. 4) firma entendimento da impossibilidade da aplicação da correção parcial, posto que não há *error in procedendo*, mas *error in judicando* do Magistrado, que desenvolve raciocínio jurídico ao interpretar disposição legal. Permite, pois, a aplicação do art. 581, XVI, do CPP,<sup>25</sup> que prevê o recurso em sentido estrito para decisão que suspende o processo por questão prejudicial, pois segundo ele:

A lei não esclareceu qual a questão prejudicial que justifica o cabimento do recurso, quando implique na suspensão do processo. Tanto pode ser em razão de controvérsia a ser resolvida no juízo cível (CPP, art.

<sup>24</sup> Contra: "TACRIM-SP - REC. - Voto vencido Márcio Bártoli - J. 06.11.1996 - RJD 33/422," citado por Betanho (2001, p. 1539)

<sup>25</sup> "Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;"

92), como a decisão de questão no cível para o reconhecimento de infração penal no juízo criminal (CPP, art. 93), como também, a suspensão de que trata o art. 366 do CPP ou o art. 89 da Lei n.º 9.099/95. Questão prejudicial será toda aquela que prejudica a marcha regular do processo e impede o julgamento.

Em igual talante, Sampaio Júnior (2000, p. 111) desenvolve o raciocínio da possibilidade de interpretação extensiva e analogia, para estender ao recurso em sentido estrito uma situação nova criada por lei superveniente.

Choukr (1996, p. 7) considera incabível o recurso em sentido estrito, por ser *numerus clausus*, a não ser no tocante à decisão que decreta a prisão preventiva (art. 581, V, do CPP). Para tal mister, deve ser aviada a correção parcial, visto que a suspensão processual e a produção antecipada de provas atingem a marcha do procedimento, caracterizando *error in procedendo*.<sup>26</sup> Ainda, nas hipóteses em que tal suspensão vier acompanhada da decretação de prisão preventiva, o manejo de *habeas corpus* seria o primeiro remédio empregável.<sup>27</sup>

A jurisprudência inclina-se pela admissibilidade do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP, por analogia,<sup>28</sup> posição que se apresenta como coerente, na medida em que se afasta de uma análise meramente formal da processualística daquela modalidade recursal. O fato de surgir lei posterior com hipótese que possibilita tal medida não transcende a taxatividade do rol, mas adequa-o a uma nova realidade (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 180).<sup>29</sup>

## 6 APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.271/96 À LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

A Lei nº 9.613, de 03.03.1998, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais, veda, em seu art. 2º, § 2º, a aplicação do art. 366 do CPP aos crimes

<sup>26</sup> Registra-se decisão do TACRIM-SP, admitindo correção parcial, RJD 34/495, citado por Betanho (2001, p. 1539).

<sup>27</sup> No mesmo sentido, Tredinnick (1997, p. 96-104) ainda vislumbra a possibilidade de interposição de mandado de segurança, dependendo da natureza da decisão.

<sup>28</sup> Neste sentido: "RJD 32/460, RJD 34/383, RJD 34/380, RJD 34/511, RJD 34/514, RJD 34/481, RJD 34/477, RJD 36/473, RT 756/543," citados por Betanho (2001, v. 1, p. 1539).

<sup>29</sup> Registram acórdão do STJ em RT 762/583, entendendo ser cabível o recurso em sentido estrito com base no art. 581, XI, do CPP.

correlatos. Ela vem sendo considerada inconstitucional, na medida em que impede o avanço processual da cientificação pessoal do acusado, embora seu art. 4º, § 3º, a *contrario sensu*, preveja a sua incidência, ao vedar pedido de restituição ao acusado ausente, anota Gomes (1996, p. 14).<sup>30</sup> Tal disposição retira o princípio da informação ao réu, excluindo, do mesmo, a possibilidade da ampla defesa e contraditório, valorizados na Carta Magna e nos tratados internacionais encampados pelo Brasil, vislumbrando anacronismo legislativo na antecipada disposição, consoante Sampaio Junior (2000, p. 116).

No tocante ao processo penal militar, uma corrente entende que é vedada a aplicação do art. 366 do CPP por conter um dispositivo parcialmente lesivo ao acusado (suspensão da prescrição), e o princípio da legalidade impossibilitaria sua aplicação por analogia ou por interpretação extensiva à legislação castrense, que não conta com preceito idêntico, informa Barros (1999, p. 6).

Jesus (1996, p. 504), entendendo que o legislador brasileiro adotou uma regra mundialmente aceita, baseada no princípio da informação, considera o art. 366 aplicável a toda legislação, inclusive a militar e a eleitoral, observando que, no Juizado Especial Criminal, a citação deve ser sempre pessoal, e caso não encontrado o autor do fato, os autos são remetidos ao Juízo Comum, onde o processo pode ser suspenso (art. 66 da Lei nº 9.099, de 26.09.1995).<sup>31</sup> Tal posicionamento se coaduna com o Modelo Constitucional do Processo, estendendo a imperiosa necessidade de citação pessoal a todas as modalidades de procedimento em contraditório.

Considerando a Lei nº 9.271/96 fundamental à comunicação pessoal da peça acusatória ao réu, para possibilitar-lhe a autodefesa facultativa, permitindo, posteriormente, que o processo corra à revelia, reforça o entendimento, no sentido de que, diante do art. 5º, LXIII, da CF/88, tem o direito de não comparecer à sessão de julgamento do Tribunal do Júri o acusado cientificado pessoalmente, mesmo em se tratando de crime inafiançável, anota Gomes (1996, p. 4).<sup>32</sup>

Mesmo patentes os avanços noticiados, a Lei 9.271/96 regrediu no tocante à disciplina da intimação dos advogados, ao permitir que seja feita por órgão não oficial e sem a inclusão do nome do causídico, bastando o do réu (art. 370, § 1º), revogando a anterior disciplina que assim determinava, reclama Betanho (1996, p. 1).<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Gomes considera uma *contradição autofágica*.

<sup>31</sup> Entende Tredinnick (1997, p. 94-96) pela aplicação da nova redação do art. 366 do CPP a todas as espécies de ações penais, procedimentos e leis especiais.

<sup>32</sup> Encampando tal posicionamento: STJ - RHC nº 2.967 - 6ª Turma - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RT 710/344).

## 7 OUTRAS QUESTÕES CORRELATAS

É motivo de preocupação, entre os doutrinadores, a situação do réu que se oculta para não ser citado, empregando meios artificiosos. Dispõe o art. 362 que, neste caso, a citação far-se-á por edital no prazo de cinco dias. Discute-se a aplicação do art. 366 e seus corolários, visto que ele se refere ao réu ausente, e não, ao réu esquivo.

Uma primeira corrente entende que, neste caso, não se suspende o processo, por não se poder qualificar o réu como ausente, devendo o processo prosseguir com base no art. 367 do CPP, adotando-se uma exegese teleológica e sistemática deste dispositivo, encampa Guaragni (1997, p. 34). Para ensejar a suspensão do processo, o pressuposto é que não tenha o réu ciência da acusação, pelo fundamento que norteia a regra do direito de ser o acusado informado da acusação. Dessa forma, se tem o infrator conhecimento da persecução penal, inexistente suporte teleológico necessário para a incidência da medida, e, caso contrário, estar-se-ia premiando um artifício malicioso, garante Cunha (1998, p. 251). Assevera ainda Cruz (1996, p. 2): "O Estado terá o exercício de sua jurisdição penal sobrestada simplesmente porque o réu, deliberadamente, driblou a lei penal, valendo-se de uma alternativa criada pela lei instrumental."<sup>34</sup>

Dotti (1996, p. 403) contra-argumenta:

Quanto à possibilidade de réus "astutos e afortunados" possam se valer da suspensão do processo visando a perda ou o enfraquecimento da prova, deve-se responder com três principais objeções: 1ª) É possível a produção antecipada da prova considerada urgente; 2ª) A eficácia da defesa fica naturalmente restrita quando o réu é atendido por defensor dativo; 3ª) A prisão preventiva pode ser decretada, no interesse da aplicação da lei penal, quando houver indício suficiente de que a paralisação do processo resulta de malícia ou artifício do acusado.

Comunga de tal pensamento Sampaio Júnior (2000, p. 25-26), defendendo a impossibilidade de interpretação prejudicial ao réu em que a lei foi omissa. Na medida em que as disposições da Lei nº 9.271/96 são aplicáveis

<sup>33</sup> Já Suannes (1996, p. 2) tem entendimento contrário, arguindo que: "será inexistente a intimação, se dela não constar o nome do advogado, será nula, se dela for omitido o nome do acusado."

<sup>34</sup> Tal posição é adotada por Jesus (1996, p. 504).

também ao réu que empreende meios de se furtar à citação, não se faz necessário considerá-lo revel com o conseqüente seguimento do processo. Mesmo o réu esquivo não tem o poder de renunciar ao direito-garantia do contraditório e ampla defesa, que se perfaz por meio da citação pessoal. Havendo instrumentos para coagi-lo, a interpretação coerente é aquela que prega a sua utilização, e não, uma solução que, embora simplista, não atende ao Modelo Constitucional do Processo.

Outra polêmica, que merece análise, apresenta-se na revelia intercorrente, em que ocorre aditamento à denúncia com agravamento da situação do réu. Nos termos do art. 384 do CPP, seria necessária ou não nova citação? Sampaio Júnior (2000, p. 25-26) defende a sua necessidade e conseqüente suspensão do processo. Sendo fatos distintos, o processo pode prosseguir, normalmente, quanto ao fato original do qual o réu tomou ciência, apoiando-se, neste particular, na lição de Gomes (1999, p. 156).<sup>35</sup>

Choukr (1999, p. 7) observa que, em face do parágrafo único do art. 384 do CPP, tratando-se de possibilidade de imposição de pena mais grave, não acarreta nova citação, pois o acusado já esteve nos autos e se ausentou, quando a situação se lhe tornou mais gravosa.

Resume a questão Tredinnick (1997, p. 106):

Não se deve confundir, e isto tratam os bons manuais de processo penal com clareza, a "*mutatio libelli*" do art. 384 com o surgimento de evidências de outro fato, diverso do capitulado na denúncia ou queixa. Neste caso, de acréscimo ou somatório, é inaplicável o art. 384 do CPP, havendo necessidade de nova denúncia ou queixa. Neste novo processo, sendo reputado rever o acusado pessoalmente citado (ou assim considerado) no "processo de origem", há inteira aplicação do art. 366 do CPP. A citação de um processo não presta para outro.

Com razão, o último doutrinador. O que importa, na hipótese em relevo, é a existência ou não de fato novo, se é o mesmo fato travestido de outra disposição legal, ou se o fato é agravado por outra sanção, não há repercussão no entendimento do acusado, que dele já teve ciência. Se o fato é distinto, há

---

<sup>35</sup> Em igual sentido, analisando a hipótese de aditamento por força de conexão, Choukr (1996, p. 7).

nova acusação, justificando nova citação pessoal.

### **7.1 Da necessidade de nomeação de defensor dativo ao ausente citado por edital**

Em face das garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia processual, indispensável se apresenta a nomeação judicial de defensor dativo, após o transcurso do lapso temporal editalício, visando manifestar-se sobre as providências cautelares dispostas no art. 366 do CPP. No tocante à produção de provas urgentes, tal disposição se refere somente à iniciativa do Magistrado, do Ministério Público ou do Querelante. Ocorre que pode ser de interesse da defesa a formalização de determinada prova. Neste sentido, Silva (1996, p. 8) considera que antes do juiz decidir sobre a produção antecipada de prova, deve patrocinar a prévia manifestação das partes, inclusive de defensor dativo.

Para uma correta adequação ao Modelo Constitucional do Processo, em caso de decorrido o prazo editalício sem a manifestação do acusado, ou de seu procurador constituído, obrigatoriamente deve o juiz nomear defensor dativo, que se manifestará após vista ao Ministério Público, e não somente fazê-lo na produção de prova urgente. Nesse caso, a defesa, mesmo em contraditório formal, poderá vislumbrar a necessidade de produção de prova urgente em favor do acusado, que poderia inocentá-lo, ou mesmo minorar a acusação. E mais, caso determinada a prisão preventiva, poderá o defensor dativo arrimar recurso cabível, como também na hipótese de outro tipo de decisão conflitiva com os interesses do acusado.

Da maneira como é apregoadada pela maioria dos doutrinadores, sem a nomeação de defensor dativo, várias providências podem ser tomadas pelo Juízo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, podendo o acusado somente demonstrar irresignação em momento posterior, face uma situação pré-constituída. Embora, nesta situação, o contraditório não seja efetivo, a participação prévia será necessária para evitar tais dissabores relevantes do devido processo legal. Neste caso, melhor o contraditório formal do que nenhum contraditório.

## **8 CONCLUSÃO**

A Lei nº 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, alterando o tratamento da revelia do citado por edital no processo penal, deve ser considerada um avanço jurídico, na medida em que suspende o processo e o lapso prescricional até a ciência pessoal do acusado ou apresentação de defen-

sor constituído, com a produção de medidas urgentes. Isso possibilita um devido processo legal efetivo e substancial, desocupando o Poder Judiciário de desenvolver processos que não resultariam efetivos, na medida em que não localizado o réu citado por edital.

No tocante à possibilidade de retroação ou não da novel legislação, aplicando-se aos fatos anteriores à sua vigência, a par das respeitáveis correntes doutrinárias e jurisprudenciais que estudaram o tema, a solução encontra-se na aferição do atrito entre os corolários do devido processo legal – contraditório e ampla defesa *versus* isonomia. A retroatividade de disposição prejudicial é vedada constitucionalmente. Aplicar-se, tão-somente, a suspensão do processo sem a suspensão da prescrição desnivela a balança processual em favor do acusado. Todavia, é a única solução encampada pela idéia desenvolvida de Processo, na medida em que, sopesando-se os princípios institutivos, melhor prevalecer o avanço do contraditório e da ampla defesa sobre a isonomia, especialmente no processo penal, em que esta se apresenta mitigada pelo *in dubio pro reo* e *favor rei*. Sendo o Pacto de São José da Costa Rica adotado pelo Direito brasileiro, a partir de 09.11.92, possibilita a aplicação de tal regra, a partir dos fatos ocorridos desde então.

Embora não se disponha o lapso de suspensão do prazo prescricional, tal omissão pode ser suprida pela interpretação teleológica, razão pela qual não se vislumbra inconstitucionalidade. É vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer novos crimes imprescritíveis. A única disposição que se apresenta aplicável, pois, é a do art. 109 do CP vigente, observando-se a pena abstrata para o delito, a ser calculada tendo em vista a sanção máxima, como estabelece o citado artigo, por possibilitar um prazo maior para a satisfação do contraditório.

São consideradas medidas cautelares a produção antecipada de provas e a decretação de prisão preventiva, submetidas aos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Logo, não se pode entender que, pelo perigo de sua extinção, deva a prova testemunhal sempre ser produzida, ou que a decretação da prisão preventiva é obrigatória. Tais presunções lesam o Modelo Constitucional do Processo, na medida em que levam a um contraditório formal e à prisão infundada.

O recurso cabível para a decisão que suspende o processo é o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, XVI, do CPP.

Aplica-se a nova disciplina a todos os tipos de processo, especificamente, aos processos militar e eleitoral, tendo em vista a garantia do efetivo contraditório.

O réu que se esquivava de ser citado, deve ser localizado, e caso contrá-

rio, tem-se o processo e a prescrição suspensos. O direito-garantia trazido pelo art. 366 do CPP aplica-se mesmo àquele que dificulta a ação estatal.

Ocorrendo revelia intercorrente com aditamento de fato novo à acusação, aplicam-se as disposições do art. 366 do CPP ao evento desconhecido pelo acusado.

Sempre que esgotado o prazo editalício sem manifestação do acusado, deve haver nomeação de defensor dativo, para que promova a produção de prova urgente a favor do réu ou se indisponha contra a decretação de prisão preventiva. Na hipótese, o contraditório formal favorece o ausente.

Por tudo que foi visto, observa-se que, somente com um novo paradigma, consubstanciado no Estado Democrático de Direito, poderá haver a superação da crise do Direito vivenciada na modernidade. O avanço da ciência processual passa por uma releitura de todo o ordenamento jurídico em face dos princípios constitucionais, visto que de nada adianta uma Constituição garantista, se a prática infraconstitucional não se amoldar às novas premissas.

A adoção, pelo direito brasileiro, da imperiosa necessidade de conhecimento pessoal da acusação pelo réu, apresenta-se como uma nova visão do processo penal, na medida em que o convite à participação do interessado perfaz o adimplemento do devido processo legal e achaca a presunção trazida pela citação ficta, que tantas injustiças causou.

Não obstante, a jurisprudência pátria ainda não acordou para tais ditames, optando pelo caminho fácil da resolução prática das polêmicas, sem atentar para o caráter constitucional para dirimi-las.

### **Referências Bibliográficas**

ALMEIDA, André Vinícius de. Questões polêmicas na Lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 6, jun. 1996.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Suspensão do processo e da prescrição penal*: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. Com o art. 366 do CPP o réu consegue paralisar o processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 59, p. 12, out. 1997.

BARROS, Marco Antonio de. A situação do réu revel citado por edital na justiça militar. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 81, p. 6, ago. 1999.

BETANHO, Luiz Carlos. Citação e intimação. In: FRANCO, Alberto Silva;

STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 1464-1596.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.271/96: problemas na intimação dos advogados. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 44, p. 1, ago. 1996.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra ed., 1990.

CAZETTA, Ubiratan. Da impossibilidade de aplicação da Lei n.º 9.271/96 aos processos pendentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 51, fev. 1997.

CHOUKR, Fauzi Hasan. A prescrição na Lei n.º 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 7, jun. 1996.

\_\_\_\_\_. Suspensão do processo em face da revelia: comentários à Lei n.º 9.271, de 17 de junho de 1996. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 41-65, jul./set. 1998.

CHUT, Marcos André. Aspectos polêmicos da Lei n.º 9.271/96. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 734, p. 559-563, dez. 1996.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. A citação editalícia e a eficácia do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 43, p. 2, jul. 1996.

CUNHA, J. S. Fagundes. A aplicação do art. 366 do Código de processo penal e o Pacto de São Jose da Costa Rica. Decreto n.º 678/92. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 251-271, jan./mar. 1998.

DOTTI, René Ariel. A ausência do acusado e a suspensão do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 730, p. 401-403, ago. 1996.

FELIPETO, Rogério. O art. 366 do Código de Processo Penal e sua aplicação intertemporal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 485-498, abr. 1999.

FERRARI, Eduardo Reale; CUSTÓDIO, Rosier Batista. A Lei n.º 9.271/96 e sua aplicação prática. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 56, p. 10, jul. 1997.

FRANCO, Alberto Silva. Retroatividade penal benéfica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 589, p. 285-291, nov. 1984.

\_\_\_\_\_. Suspensão do processo e suspensão da prescrição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 2, jun. 1996.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. O art. 366 do CPP e a revolta da doutrina. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 7, jan. 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 366 do CPP e lei de lavagem de capitais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 70, p. 14, set. 1998. Edição especial.

\_\_\_\_\_. Da retroatividade (parcial) da Lei nº 9.271/96 (citação por edital). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 4, jun. 1996.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares da Lei nº 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 5, jun. 1996.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Aspectos relevantes da Lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 8, jun. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 1, jun. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUARAGNI, Fábio André. *A revelia e a suspensão do processo penal: aspectos controvertidos do artigo 366 do CPP e outras questões sobre a Lei 9.271/96*. Curitiba: Juruá, 1997.

GUIBO, Vitor Luiz de Oliveira. Lei nº 9.271/96. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 161-166, jan./mar. 1997.

IBIAPINA, Humberto. O art. 366 e sua nova redação: porque aplicá-lo nos processos em curso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 61, p. 19, dez. 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal com redação da Lei nº 9.271/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 42, p. 3, jun. 1996.

\_\_\_\_\_. Revelia e prescrição penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 504-509, out. 1996.

MALULY, Jorge Assaf. Lei nº 9.271/96: provas urgentes e o depoimento testemunhal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 52, p. 8, mar. 1997.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: a urgência do art. 366 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 5, out. 2000.

SAMPAIO JUNIOR, Denis Andrade. *Suspensão do processo e da prescrição penal: comentários à Lei nº 9.271/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÍCOLI, José Carlos Meloni. A produção antecipada da prova testemunhal em face da revelia, no Código de Processo Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 733, p. 442-445, nov. 1996.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da irretroatividade da suspensão do processo (Lei nº 9.271/96). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 47, p. 4, out. 1996.

\_\_\_\_\_. A produção probatória antecipada (art. 366 do CPP) em face do devido processo legal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 5, n. 58, p. 8, set. 1997.

STOCO, Rui. Recurso cabível da decisão que suspende o processo e o curso da prescrição (art. 366 do CPP). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 66, p. 4, maio. 1998.

SUANNES, Adauto Alonso S. Lei nº 9.271/96: intimação obrigatória dos advogados. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 48, p. 2, nov. 1996.

TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis no tempo no direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 772, p. 445-454, fev. 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *A revelia e a suspensão do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de Processo Penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VIVEIROS, Mauro. Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 4, n. 48, p. 3, nov. 1996.

# APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES COMPLEXOS

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA  
MARCELO SCHIRMER ALBUQUERQUE  
Graduandos em Direito

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 O Princípio da insignificância – 3 Dos crimes complexos – 4 Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes complexos – 5 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

*Ultima ratio* é a alcunha que normalmente se dá ao Direito Penal na dogmática jurídica moderna. Significa que o Direito Penal é considerado uma medida extrema, uma saída à qual somente se recorre quando não há outra forma de se resolver, de maneira eficaz, o distúrbio causado no meio social por uma ação (ou omissão) praticada por alguém da comunidade.

Ora, se o Direito Penal deve ser evitado na hipótese de se encontrar solução em outro ramo da ciência jurídica, com mais razão se deve preterir-lo se as regras de conduta, sociais e morais, forem suficientes para resolver a questão.

Nesse contexto é que se desenvolveram princípios tais como o da ofensividade e o da adequação social, entre outros. É nessa esteira também que se formulam conceitos como o de antijuridicidade material. Vale transcrever a lição de Reale Júnior (2000, p. 95), discorrendo sobre a obra de Von Litz:

Para Von Litz a lesão a um bem jurídico não é o bastante para tornar o fato delituoso, visto como a antijuridicidade material revela-se quando a lesão ao bem jurídico consiste em uma contraposição aos fins da ordem jurídica. Apesar de lesiva a um bem jurídico, pode a ação ser legítima 'no caos e na medida em que responde aos fins da ordem jurídica.'

Todos os princípios supramencionados, de fato, buscam uma justificativa teórico-científica para afastar da incidência da norma penal condutas aparentemente típicas, ilícitas e culpáveis que, como tais, deveriam ser punidas.

Isso porque, em determinadas situações, ainda que se reconheça formalmente a presença dos três elementos caracterizadores da ação criminosa,

entende-se ser desnecessária a movimentação da hipertrofiada máquina processual, bem como excessiva a possível pena a ser imposta. Em tais situações, a repressão ao comportamento indesejado deve ser delegada a outros ramos do Direito ou a outras instâncias de controle social (como a família, por exemplo).

Destarte, trata-se apenas de relevar ou considerar desnecessário o que nada mais é que se exigir, no âmbito do processo penal, a análise das condições da ação enumeradas pelo processo civil (o que é juridicamente possível, tendo em vista o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal – CPP). Nesse sentido, da comprovação da insignificância do bem jurídico lesado ou da caracterização da conduta como socialmente tolerável, decorrerá o reconhecimento da desnecessidade do processo penal ou da desproporcionalidade entre a conduta do agente e a possível pena, o que, conseqüentemente, acarretará carência de ação por falta de interesse de agir.<sup>1</sup>

## 2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância não foge à regra supracitada e, assim como os demais princípios mencionados, busca destituir determinadas condutas humanas de tipicidade material. Trata-se de uma criação doutrinária cujo objetivo é evitar que condutas que produzam aos bens jurídicos protegidos lesões ínfimas ou desconsideráveis socialmente, sejam desconsideradas para efeitos penais, isto é, sejam excluídos os danos de pequena importância ou amplitude do alcance punitivo do Estado.

A idéia em torno da qual gira o princípio da insignificância deita raízes no Direito romano, em que vigorava a regra de que o pretor não devia ocupar-se de causas irrelevantes: *minimus non curat praetor*. Manifesta-se mediante uma interpretação restritiva dos tipos penais, porquanto “[...] consiste na exclusão da punibilidade dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade [...]” (GOMES, 2001, p.446). Sendo assim, a mera subsunção objetiva do fato ao tipo penal não é suficiente para caracterizar uma ação como típica, sendo indispensável, portanto, que haja uma significante (grave) ofensa ao bem jurídico protegido.

Tendo em vista que o ilícito penal é passível de ser graduado e quantificado, Gomes (2001, p. 447) afirma que:

[...] essa possibilidade de graduação do injusto (e espe-

<sup>1</sup> Conforme explica o processualista Theodoro Júnior (2001, v. 1, p. 50), o interesse processual revela-se no trinômio necessidade, utilidade e adequação. Ressalta que “O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.”

cialmente da ofensividade ao bem jurídico) a que permite distinguir o ataque penalmente relevante (merecedor e necessitado de sanção) do que não chega a assumir essa magnitude em razão da *escassa ofensividade*, é dizer, de se tratar de um “ataque mínimo”, nímio, que determina a atipicidade da conduta, na virtude do *critério de insignificância*.

Assim, diz-se que o Direito Penal, em sua majestade, não pode e nem deve se ocupar dos chamados *crimes de bagatela*, sendo necessário haver ofensa substancial ao bem tutelado para acarretar a atuação estatal. Não existe necessidade em iniciar-se um processo de persecução criminal (caro para o Estado e estigmatizante e desgastante para o réu), sem ocorrência de lesão substancial. “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro na sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.” (TOLEDO, 2001, p. 133).

Gomes (2001) entende, ainda, que existem duas hipóteses de insignificância: a insignificância da conduta e a insignificância do resultado, sendo que a ocorrência de uma ou de outra geraria a atipicidade material.

Numa corrente menos liberal, Diniz (2001), Promotor de Justiça, defende que, para excluir uma ação da incidência do Direito Penal, é indispensável a ocorrência simultânea de três fatores, quais sejam, a ausência de desvalor da ação, da intenção do agente e do resultado. Tal interpretação, todavia, é combatida por Peluso (2001), Juiz de Direito, que ressalta o caráter meramente objetivo do princípio da insignificância, argumentando que não se pode proceder a uma análise de culpabilidade quando a conduta sequer foi considerada típica.

De um modo geral, a doutrina moderna distingue o crime de bagatela de um crime comum em virtude de sua escassa reprovabilidade, da pequena relevância da ofensa ao bem jurídico, de sua baixa nocividade social e da desnecessidade de aplicação de uma pena.

Apesar de resultar de uma lógica extrema, bem como de um aguçado senso de justiça, o princípio da insignificância encontra adversários ferrenhos, que têm entre seus principais argumentos o fato da lei penal não fazer referência à quantidade de lesão necessária para configurar-se um delito, bem como a impossibilidade de se determinar o que é realmente insignificante, medindo-se o valor do bem para dar-lhe proteção jurídica. Assim, o princípio seria muito liberal e esvaziaria o Direito Penal.

Embora tal tema se encontre longe de ser pacificado, é crescente a

tendência jurisprudencial de determinar o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, baseada no Princípio da Insignificância.

Foi também em decorrência de decisões dos tribunais que se aumentou a complexidade e a relevância do tema, uma vez que alguns julgados adentraram na seara dos crimes complexos para (dissecando os crimes em questão nos tipos ou condutas mais simples que os compõem) aplicar parcialmente o princípio estudado quando a ação típica lesionar de maneira insignificante apenas um dos bens jurídicos protegidos pelo tipo complexo. Tal questão é o objeto deste trabalho.

### 3 DOS CRIMES COMPLEXOS

A imposição da sanção penal tem sido o meio utilizado pelo Estado para reprimir aquelas condutas que lesionem ou exponham a perigo os bens e valores mais importantes para uma determinada sociedade. Nesse sentido, o legislador penal descreve hipoteticamente determinados fatos cuja verificação em concreto acarreta a imposição de uma pena. Assim, para proteger o patrimônio individual, penaliza-se o cometimento do furto, descrito no *caput* do art. 155 do Código Penal – CP: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel [...]”.

Ocorre que, muitas vezes, a conduta elevada à categoria de delito não é simples, eis que resulta da fusão de duas ações que são isoladamente criminosas. É o que ocorre com o delito de roubo (art. 157 do CP), junção do furto com a ameaça ou lesão corporal, conforme o caso. Em virtude dessa peculiaridade, a doutrina classifica tal figura como crime complexo.<sup>2</sup> Assim, o legislador cria um ente novo de extrema complexidade e que, embora resultante da união de outras ações delitivas, não se trata de simples sobreposição de tipos penais, mas sim de um amálgama gerador de um tipo diferente, singular e indecomponível.

É possível observar (como é nítido no caso do roubo) que a elaboração do crime complexo acaba por criar um delito cuja verificação na prática ofende mais de um bem jurídico simultaneamente. Dessa forma, tomando por base o roubo, estão tutelados a um só tempo o patrimônio e a liberdade individual ou a integridade física da vítima. Em virtude disso, a doutrina designa a espécie de crime pluriofensivo, uma vez que a realização da conduta típica viola mais de um bem jurídico.

---

<sup>2</sup> Não é pacífico na doutrina o conceito de crime complexo, segundo notícia Toledo (2001, p. 145): “[...] Autores há, porém, que tomam a palavra *complexo* em sentido mais amplo para designar também o crime que resulta da fusão de um crime com outro elemento que pode não ser um crime (exemplo: denúncia caluniosa, calúnia mais instauração de processo ou investigação).”

A aplicação do princípio da insignificância aos crimes complexos ou pluriofensivos é o tema de que cuidaremos a seguir.

#### **4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES COMPLEXOS**

Embora a aplicação do princípio da insignificância seja alvo de grande controvérsia, especialmente na jurisprudência, verifica-se uma crescente utilização na prática. Em virtude disso, problemas específicos, ligados à aplicabilidade do instituto, são diuturnamente enfrentados pelos operadores do Direito.

Nesse sentido, tem sido polêmica a posição de alguns juízes do Tribunal de Alçada de Minas Gerais no que tange à aplicação do princípio da insignificância ao delito de roubo. Ocorre que, nos casos em que se verifica lesão patrimonial de pequena monta, os julgadores do Tribunal mineiro têm considerado-a insignificante, desclassificando a conduta em análise do crime de roubo para o de lesões corporais, constrangimento ilegal ou ameaça, conforme o caso.

Segundo já assinalamos anteriormente, o roubo é um crime complexo, sendo resultante da junção dos delitos de furto e de ameaça ou lesões corporais. Além disso, tutela a um só tempo o patrimônio, a liberdade individual e a incolumidade física. Dessa forma, entendem os referidos magistrados que, se o agente subtrai quantia insignificante, mas ofende a integridade física ou a liberdade individual da vítima, há que se aplicar o princípio em relação à lesão patrimonial, resultando sua atipicidade. De outro norte, em virtude da indubitosa violação à liberdade individual ou integridade física, ela não deve resultar impune. Em virtude de tal raciocínio, há uma decomposição do delito em furto e lesão corporal ou ameaça, acarretando a punição do agente apenas por esses últimos, em virtude da insignificância da lesão patrimonial. Com isso, em razão do pequeno prazo prescricional referente a tais delitos, acaba por incidir tal causa extintiva da punibilidade, gerando um sentimento de impunidade.

Contra o posicionamento relatado, insurgem-se os Promotores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Diniz (2001, p. 4-6) e Felipeto (2002, p. 3-4), em artigos publicados no Boletim do Instituto de Ciências Penais – ICP. Para eles, embora os crimes complexos sejam indubitavelmente formados pela união de mais de uma conduta típica, acabam por formar uma unidade nova, indissolúvel, não sendo possível o tratamento isolado das formas típicas que as compõem. Assim, entendem que mesmo em se tratando de insignificante lesão patrimonial, deve prosperar o delito de roubo, sendo juridicamente inviável a cisão do tipo penal. Por fim, concluem pela absoluta inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de roubo, uma vez

que não é possível considerar a lesão à integridade corporal ou à liberdade individual insignificante.

Acontece que o crime de roubo, delito complexo por excelência, composto por dois crimes que tutelam bens jurídicos diversos, tem nessa peculiaridade a impossibilidade de incidência da bagatela. Com efeito, ainda que o crime patrimonial que compõe o delito de roubo acarretasse isoladamente a aplicação do mencionado princípio, forçoso seria reconhecer que o delito restante, normalmente contra a pessoa, mostra-se refratário a tal proceder. De fato, não é crível considerar-se insignificante o atentado à incolumidade física ou à liberdade individual. (FELIPETO, 2002, p. 3).

Na esteira do que defendem os representantes do Ministério Público, não nos parece viável do ponto de vista da lógica jurídica cindir uma figura típica singular, em relação à qual o legislador objetivou dar tratamento próprio. Não se trata, a nosso ver, de mera soma de objetos que mantêm, de maneira clara e definida, suas especificidades. Na verdade, trata-se de uma unidade autônoma, sendo que, entendimento diverso reduziria a figura dos crimes complexos ao patamar de mero concurso material de crimes o que, *data venia*, constitui verdadeira aberração jurídica. Assim, nos crimes complexos, resulta impossível considerar a lesão a um bem jurídico insignificante para punir apenas a ofensa ao outro. Tal circunstância deve ser apreciada pelo julgador no momento da dosimetria da pena.

Não obstante os argumentos expostos, não se deve afastar de forma absoluta a aplicação do princípio da insignificância aos crimes complexos. Ocorre que, em certos casos, poderá ser verificada uma lesão insignificante a ambos os bens jurídicos tutelados. Ainda que a hipótese seja de difícil ocorrência prática, possível é que se realize um roubo de quantia insignificante em que o agente cometa uma lesão corporal sem qualquer relevância, não deixando sequer uma marca na pele da vítima. Na hipótese, aplicar-se-á o princípio da insignificância, sem a necessidade de cindir o tipo penal. Assim, a conduta deverá ser considerada atípica e o agente absolvido.

No que tange especificamente ao roubo, não deve prosperar o argumento de que é impossível considerar irrelevante a lesão à pessoa. Conforme já se demonstrou, o princípio da insignificância é forma de interpretação restritiva do tipo penal, devendo ser aplicado objetivamente, a fim de afastar a tipicidade das condutas que apresentem ofensa ao bem jurídico tutelado, qualquer que seja ele. Trata-se de insignificância da lesão e não do bem jurídico, já que o

simples fato de estar no rol daqueles protegidos pelo Direito Penal já reveste o bem jurídico de indiscutível relevância.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Penal, forma mais drástica utilizada pelo Estado de reprimir condutas socialmente indesejadas, deve ser aplicado de forma subsidiária. Assim, tal ramo do Direito só deve reprimir condutas que causem lesões relevantes aos bens jurídicos tutelados. No que tange aos demais comportamentos, sua repressão deve ser atribuída a outras áreas do Direito ou outras instâncias de controle social.

Para tanto, a doutrina tem criado institutos que afastem a atuação do Direito Penal nos casos de ofensas de reduzida reprovabilidade. Exemplo disso é o princípio da insignificância, forma de interpretação restritiva do tipo penal, utilizado para excluir a tipicidade das ações que causem ofensa insignificante ao bem jurídico tutelado.

Os crimes complexos são condutas delitivas descritas pelo legislador penal que resultam da fusão de ações que são isoladamente criminosas. Nessa hipótese, tutela-se mais de um bem jurídico.

O crime complexo forma uma unidade jurídica autônoma, independentemente dos delitos primitivos que o formaram. Em virtude disso, são indecomponíveis, o que impede a aplicação do princípio da insignificância quando um dos bens jurídicos tutelados sofrer a lesão irrelevante.

Não se deve afastar por completo a aplicação do princípio da insignificância aos crimes complexos. Na verdade, ocorre que ela somente será possível quando a ofensa a todos os bens jurídicos tutelados for insignificante.

## Referências Bibliográficas

DINIZ, Marcelo Mattar. O princípio da insignificância e o roubo. *Boletim do Instituto de Ciências Penais – ICP*, Belo Horizonte, v. 2, n. 20, p. 4-6, nov. 2001.

FELIPETO, Rogério. Princípio da insignificância e delito complexo. *Boletim do Instituto de Ciências Penais – ICP*, Belo Horizonte, v. 3, n. 32, p. 3-4, dez. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 789, p. 439-456, jul. 2001.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 109, p. 11-13, dez. 2001. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

# **A ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO**

**DIVA BRAGA**

Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo

**LUCIANO BRAGA LEMOS**

Advogado e Consultor Jurídico  
Professor Universitário e de Cursos de Formação de Juízes Arbitrais  
Mestre em Direito – Justiça e Cidadania pela Universidade Gama Filho –  
UGF

**RODRIGO BRAGA LEMOS**

Advogado e Consultor Jurídico  
Mestrando em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pelas Faculdades Integradas de Vitória

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 Arbitragem na fase colonial do Brasil – 2.1 Arbitragem nas Ordenações Afonsinas – 2.2 Arbitragem nas Ordenações Manuelinas – 2.3 Arbitragem nas Ordenações Filipinas – 3 Arbitragem na fase imperial no Brasil – 3.1 Arbitragem na Constituição imperial de 1824 – 3.2 Arbitragem no Código Comercial – 3.3 Arbitragem na Lei nº 1.350, de 14.09.1866 – 4 Arbitragem na fase republicana do Brasil – 4.1 Arbitragem na Constituição republicana de 1891 – 4.2 Arbitragem no Código Civil de 1916 – 4.3 Arbitragem nos Códigos de Processo Civil dos Estados – 4.4 Arbitragem nas Constituições republicanas de 1934 e 1937 – 4.5 Arbitragem no Código de Processo Civil de 1939 – 4.6 Arbitragem nas Constituições republicanas de 1946, 1967 e 1969 – 4.7 Arbitragem no Código de Processo Civil de 1973 – 4.8 Arbitragem na Constituição republicana de 1988 – 4.9 Arbitragem na Lei nº 9.099, de 26.09.1995 – 4.10 Arbitragem na Lei nº 9.307, de 23.09.1996 – 4.11 Arbitragem no novo Código Civil – 5 Conclusão

## **1 INTRODUÇÃO**

Em decorrência de um intenso trabalho doutrinário em que se busca ampliar ao máximo a garantia de acesso à Justiça, vem ocorrendo, nos últimos tempos, uma intensa renovação na prestação da Justiça, que não deve ser entendida como uma mera possibilidade de acesso ao Judiciário, mas como uma garantia de acesso à ordem jurídica justa.

O acesso à ordem jurídica justa apenas pode ser alcançado se forem plenamente satisfeitas as três ondas renovatórias do Direito processual, magistralmente estudadas por Cappelletti em diversos trabalhos.

Após ter alcançado, ao menos formalmente, os objetivos da primeira dessas ondas renovatórias, que é a garantia da assistência jurídica gratuita; e os da segunda, que é a tutela dos interesses metaindividuais, o Direito brasileiro se volta atualmente para a terceira onda, que é a busca de meios mais adequados de tutela dos consumidores do serviço de prestação de justiça, alcançável apenas com a conjugação de vários elementos, entre eles a arbitragem e os demais meios alternativos de solução de conflitos.

Nos Estados Unidos da América do Norte há diversos meios alternativos de prevenção e resolução de disputas. Entre os decisórios, destacam-se a arbitragem e os tribunais privados (*rent-a-judge*) californianos. Entre os consensuais: *ombudsmen*, *factfinding*, negociação, mediação e conciliação. Os mistos, que combinam qualidades dos dois métodos citados anteriormente, são divididos em privados e anexos à Corte. Entre os privados estão o *mini-trial* e a mediação-arbitragem. São anexos à Corte, entre outros: a arbitragem anexa à Corte, o *summary jury trial* e o *early neutral evaluation*.

Em certas matérias ou espécies de conflitos, a solução normal, que é o tradicional processo litigioso judicial, pode não ser a melhor via para ensejar a realização efetiva de direitos.

Os juízes e os tribunais talvez não sejam as pessoas certas e nem os órgãos certos para tratar de novas e desafiadoras questões, que deveriam ser tratadas por especialistas ou *experts*; podendo haver um devido processo legal sem que haja um sistema judicial rígido.

A rapidez, a informalidade, a possibilidade de obter-se uma decisão mais justa e adequada e a privacidade são alguns dos motivos do crescente interesse pela arbitragem.

## 2 ARBITRAGEM NA FASE COLONIAL DO BRASIL

Descoberto o Brasil, necessária era a implementação de uma organização da Colônia pela Metrópole Portuguesa (VALLADÃO, 1980, p. 73). No entanto, a legislação vigente em Portugal não poderia ser totalmente aplicada à Colônia e, em se tratando de Colônia, a legislação também não poderia ser diferente (FERREIRA, 1952, v. 2, p. 252).

As leis emanadas para gerir a sociedade colonial da época podem ser divididas em duas classes principais: gerais e especiais. As Leis Gerais, promulgadas para vigorar em Portugal, também foram utilizadas pela Colônia. No entanto, ressalta-se que estas leis eram mal adaptadas para gente rude, aventu-

reira e semibárbara, como a que vivia no Brasil Colônia. Por isso, na realidade, era impossível aplicar-se no Brasil, de modo integral, as Ordenações do Reino. Nota-se, então, uma subdivisão entre matérias em que a legislação Portuguesa era totalmente aplicada, até por falta de regulamentação local e matérias em que a legislação portuguesa era aplicada com os devidos ajustes e transformações locais, face as nossas peculiaridades, a isto se juntava um corpo de Leis Extravagantes. As Leis especiais eram decretadas para vigorar exclusivamente na Colônia (TRIPOLI, 1936, v.1, p. 93).

As Ordenações do Reino que vigoravam à época do Descobrimento do Brasil eram as Ordenações Afonsinas (1500), que foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas (1521). A substituição de uma pela outra coincide com os primeiros anos da Descoberta do Brasil, sendo as mesmas ordenações, fontes principais de aplicação do Direito, que tinha como subsidiário: o Direito Romano, o Canônico e o Consuetudinário (COELHO, 1920, v. 1, p. 201).

## 2.1 Arbitragem nas Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas tiveram como principais fontes: as leis gerais de Afonso III, as resoluções das Cortes, as concordatas de Dom Diniz, Dom Fernando e Dom João I, os usos e costumes nacionais; o direito foralício (dos forais); o Direito Romano, Canônico e a Lei das Sete Partidas (que era uma compilação castelhana que servia de fonte de direito subsidiário espanhol).

Pairam dúvidas sobre a efetiva importância das Ordenações Afonsinas. Autores há que, levando em conta a época em que foram compostas, consideram-nas compilação notabilíssima, por terem servido de modelo às Ordenações posteriores. Outros, porém, conferem-lhes pouca influência no desenvolvimento do Direito em Portugal, duvidando até que elas tenham sido impressas. Por isso, raros são os juristas lusitanos que lhes fazem menção.

Eram divididas em cinco Livros, sendo cada um subdividido em Títulos.

O Livro III, com 128 Títulos, regulava a forma do Processo Civil. Era uma legislação cheia de casuísticas, que prescrevia a marcha inteira dos processos ordinário e sumário, desde a citação inicial até a última instância, estabelecendo recursos, prevendo incidentes, formalizando a execução da sentença, a arrematação, a preferência entre credores etc.

As disposições sobre o juízo arbitral eram coordenadas no Livro III, Título 113, das Ordenações Afonsinas.

As Ordenações Afonsinas permitiam a renúncia do *beneficium appellationis arbitrorum sententiae*, conforme se depreendia de seu Livro III,

Título 113, § 4º (PORTUGAL, 1984, v. 3).

## 2.2 Arbitragem nas Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas tentaram promover a revisão do Código de Afonso, mas o sistema, a divisão e os princípios permaneceram, sendo promovido um estilo mais conciso e a compilação das leis posteriores. Vigoraram até 1603, quando foram publicadas as Ordenações Filipinas.

Elas, assim como as Ordenações Afonsinas, também foram divididas em cinco Livros. Os 128 Títulos do Livro III das Afonsinas diminuíram-se para 90 no mesmo livro das Manuelinas.

O seu Livro III tratava do Processo Civil, dispondo sobre citações, ordem do juízo, ação, reconvenções, férias, exceções, contestação, dilações, sentenças, recursos de agravo e apelação e embargos, terminando com a matéria das execuções. Esse livro era o mais bem ordenado de toda a compilação.

As disposições sobre o juízo arbitral foram compiladas no § 7º do Título 24 e no Título 81 do Livro III das Ordenações Manuelinas (OLIVEIRA FILHO, 1938, v. 1, p. 318).

Era válida a cláusula de não recorrer da decisão arbitral, como pacto de direito material, por ser o sucumbimento presunção de injustiça da apelação ou do agravo; no plano processual, permitia-se o recurso, podendo-se reformar a sentença e destruir a presunção.

No lugar do § 4º das Ordenações Afonsinas, o Código Manuelino apenas inseriu (Livro III, Título 81, pr.): “E posto que as partes renunciem o benefício desta Lei, a tal renúncia será de ninhu efecto, e se guardará o sobredito.”

Comparando-se esta disposição com o § 4º do Título 113 do Livro III das Ordenações Afonsinas vê-se que há diferença entre elas. A cláusula *sem recurso* (direito material) não vedava a apelação (direito processual); mas o benefício (direito processual) era renunciável. Deixou de sê-lo.

O § 7º do Título 24 do Livro III das Ordenações Manuelinas determinava o não-cabimento da reconvenção no juízo arbitral.

## 2.3 Arbitragem nas Ordenações Filipinas

Felipe II de Espanha, logo empossado no trono português sob a denominação de Felipe I (1581-1598), mandou fossem reformadas as Ordenações Manuelinas, organizando-se nova codificação, a qual deveria corrigir a confusão das existentes e abranger também as leis posteriormente emanadas ou leis extravagantes (PORTUGAL, 1957, v.1, p. 5).

Além da harmonização de toda a legislação anterior, havia também o propósito de reagir contra o realce que, sob o reino de Dom Sebastião (1567-1578), tinha sido imprimido ao direito canônico. Efetivamente, Dom Sebastião aceitara incondicionalmente, aliás em desacordo com os demais governos europeus, toda a autoridade do Concílio de Trento, que colocava o direito canônico, com evidente prejuízo da prerrogativa real, quase no mesmo pé em que se achava no começo da monarquia, sob Dom Afonso II (1211-1223), quando se julgava conforme o Direito Canônico, e contra a legislação civil, se ela fosse contrária a ele.

A principal causa da reforma foi a reação contra a injustificável predominância do direito canônico, ou seja, a oposição do Direito português nacional e do Direito Romano ao Direito Canônico.

A importante obra teve início com a Lei de 5 de junho de 1595, foi confiada e realizada pelos desembargadores e cultores do Direito Romano Paulo Afonso, Pedro Barbosa, Damião Aguiar e Jorge de Cabedo. Revista, finalmente, por estes dois últimos compiladores em companhia dos desembargadores Melchior do Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique de Souza, foi o trabalho publicado sob a denominação de Ordenações Filipinas, já no reinado de Felipe II de Portugal (1598-1621), confirmado e mandado observar pelo alvará de 11 de janeiro de 1603.

Essa compilação, ou Código Filipino, teve as suas fontes próximas e internas, primeiramente nas Ordenações Manuelinas, e depois nas decisões das Cortes, nas leis gerais, nos forais (leis municipais), no direito consuetudinário, nos assentos da Casa de Suplicação e do Porto, nas concordatas celebradas depois de 1521 e nas Ordenações Afonsinas.

Como fontes externas consideram-se o *Forum Judicium* ou *Fuero Jusgo*, as *Leis das Partidas*, o Direito Romano e o Canônico.

Apesar de suas lacunas, antinomias e vícios de redação, as Ordenações Filipinas eram destinadas a durar muito mais que as anteriores. Com efeito, embora modificadas pelas leis subseqüentes, vigoraram em Portugal até a promulgação do Código Civil de 1867; perduraram no Brasil, também modificadas, muitas vezes profundamente e em muitas partes, até entrar em vigor, em 1º de janeiro de 1917, o Código Civil brasileiro de 01.01.1916.

O Código Filipino constava de cinco Livros, divididos em Títulos, e estes em princípio e em parágrafos. O livro III, com 98 Títulos, destinava-se às leis processuais civis.

O Título 16 do Livro III das Ordenações Filipinas, previa a certeza da sentença arbitral, independentemente de homologação e a possibilidade de apelação (SAMTLEBEN, 1985, p. 11).

As Ordenações Filipinas distinguiam arbitramento e juízo arbitral,

regulando as atividades dos arbitradores e dos árbitros, no Livro III, Título 16, §§ 1º e 7º, Título 17, §§ 1º e seguintes e Título 33, V, obstando no juízo arbitral a oposição de reconvenção (PORTUGAL, 1966, v. 3, p. 63-70 e 143).

As Ordenações Filipinas no seu Título 16 do Livro III, reproduziram o Título 81, pr. do Livro III das Ordenações Manuelinas, determinando também a irrenunciabilidade do *beneficium appellationis arbitrorum sententiae*, ao contrário do Livro III, Título 113, § 4º das Ordenações Afonsinas.

Se houvesse uma pena convencional para evitar que as partes apelassem da decisão arbitral, se ocorresse a apelação, a execução desta pena ficaria suspensa até a decisão final da apelação.

Segundo a doutrina, o processo do juízo arbitral era deficientemente regulado pelas Ordenações Filipinas, sendo estas silentes a respeito da necessidade de homologação da decisão arbitral, o que veio a ser suprido no Brasil pelo Regulamento nº 737, de 25.11.1850, dando forma e desenvolvimento ao disposto no art. 160 da Constituição do Império, que assentou o não-cabimento de recursos das decisões arbitrais, se assim convencionassem as partes.

### 3 ARBITRAGEM NA FASE IMPERIAL DO BRASIL

#### 3.1 Arbitragem na Constituição imperial de 1824

A Assembléia Constituinte, convocada em 03.06.1822 e instalada em 03.05.1823, foi integrada por proprietários rurais, clero e juristas. Prejudicada pelas tendências absolutistas de Dom Pedro I, durante a discussão do anteprojeto, foi dissolvida em 12.11.1823. Dom Pedro I nomeou uma comissão especial, o Conselho de Estado, para redigir novo projeto constitucional, que ficou pronto em janeiro de 1824. Enviado às Câmaras Municipais, não recebeu emendas.

A primeira Constituição do país (BONAVIDES, 2000, p. 328-330) foi outorgada em 25.03.1824. Estabeleceu um governo "monárquico, hereditário e constitucional representativo." Além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, instituiu o Poder Moderador, exclusivo do imperador, que também detinha o Executivo. Os senadores tinham cargo vitalício e passaram a ser nomeados pelo chefe de Estado. Instituiu o voto censitário, que excluiu a maioria da população das eleições. A Câmara dos Deputados adquiriu caráter temporário e podia ser dissolvida pelo imperador. Foram abolidos o açoite, a marca de ferro quente e outros castigos usados contra os escravos. O catolicismo foi mantido como religião oficial.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 referia-se expressamente ao juízo arbitral em seu Título 6º (Do Poder Judiciário), Capítulo Único (Dos Juízes e Tribunais de Justiça), art. 160 (SANTOS, 2001, p. 19).

Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas poderiam as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças seriam executadas sem recurso, se assim convencionassem as partes.

### 3.2 Arbitragem no Código Comercial

Atendendo a desejos e solicitações dos comerciantes do Rio de Janeiro, que pediam um tribunal especial para as causas mercantis, o Imperador, por meio do ministro José Lino Coutinho, nomeou em 14 de março de 1832 uma comissão de notáveis para elaborar um projeto de Código Comercial, constituída por quatro comerciantes e presidida por um magistrado (BORGES, 1967, p. 36).

O projeto foi sancionado em 02.05.1850, promulgado pela Lei nº 556, de 25.06.1850, e publicado em 01.07.1850, para entrar em vigor em 01.01.1851, sob o título de Código Comercial do Império do Brasil (BRASIL, 2001).

O art. 245 determinava que todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil seriam decididas em juízo arbitral. O art. 294 reza-va que todas as questões sociais suscitadas entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia comerciais, sua liquidação ou partilha, seriam decididas em juízo arbitral. O art. 300 determinava que a escritura do contrato de qualquer sociedade comercial devia conter a forma da nomeação dos árbitros, para serem juízes das dúvidas sociais. O art. 348, que dispunha sobre a reclamação do sócio que não aprovasse a liquidação e a partilha da sociedade comercial, estabelecia que a reclamação que fosse apresentada em tempo, não se acordando sobre ela os interessados, seria decidida por árbitros. Segundo o art. 783, a regulação, a repartição ou o rateio das avarias grossas no comércio marítimo seriam feitos por árbitros, nomeados por ambas as partes; se elas não chegassem a um acordo, a nomeação dos árbitros seria feita pelo Tribunal do Comércio ou por um juiz de direito do comércio.

O art. 27 do Título Único autorizava o governo a expedir regulamentos e instruções para a boa execução do próprio Código, especialmente para, em um regulamento adequado, determinar a ordem do Juízo no processo comercial.

Assim, publicou-se o Regulamento (Decreto) nº 737 em 25.11.1850 (GUSMÃO, 1947, v. 30, p. 26), cuja vigência se iniciou em 01.01.1851, simultaneamente com o Código Comercial, que representou um monumento soberbo da legislação pátria, não encerrando exclusivamente uma lei processual, contendo também preceitos que completavam o Código Comercial, dando-lhe vida e realidade.

Estabeleceu a ordem do juízo no processo comercial, referindo-se ao

juízo arbitral em seus arts. 411 a 475. O art. 411 determinava que o juízo arbitral ou era voluntário ou era necessário. Era voluntário o juízo arbitral quando fosse instituído por compromisso das partes, judicial ou extrajudicialmente. O juízo arbitral necessário era relacionado com os arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Comercial. O art. 457 rezava que os árbitros deviam julgar de fato e de direito, conforme a legislação comercial.

### **3.3 Arbitragem na Lei nº 1.350, de 14.09.1866**

Pela Lei nº 1.350/66, foi derogado o juízo arbitral estabelecido pelo Código Comercial de 1850, para determinar que tal juízo fosse sempre voluntário, mediante o compromisso das partes. Ou seja, estabeleceu-se que a vontade das partes fosse o fundamento necessário da arbitragem.

Além disso, facultou às partes autorizar os seus árbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e formas de direito.

O minucioso Decreto nº 3.900, de 26.06.1867, que regulamentou a Lei nº 1.350/1866, revogou os preceitos acerca do juízo arbitral expostos no Regulamento nº 737/1850.

Aboliu a obrigatoriedade do juízo arbitral ou sua absoluta conformação ao compromisso, reputando-se aquele sempre voluntário. O julgamento arbitral por equidade foi autorizado pelo § 2º de seu art. 1º. O compromisso era judicial ou extrajudicial: sendo aquele celebrado por termo nos autos; e este por instrumento assinado pelas partes e duas testemunhas (arts. 5º a 7º do Decreto nº 3.900/1867) (BEVILÁQUA, 1946, v. 4, p. 192). Os elementos mais importantes do compromisso eram: o objeto do litígio a ele submetido; e os nomes, sobrenomes e domicílio dos árbitros, bem como os dos seus substitutos (art. 8º do Decreto nº 3.900/1867). O art. 9º determinava que a cláusula do compromisso, sem a nomeação dos árbitros, ou relativa a questões eventuais, não valia senão como promessa e ficava dependente para a sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os elementos mais importantes do compromisso, insculpidos no art. 8º, senão também sobre os facultativos, localizados no art. 10 (SANTOS, 1977, v. 14, p. 18). Estabelecia em seu art. 15 diversas vedações pessoais ao exercício da função arbitral, entre elas a proibição de seu exercício pelas mulheres e pelos menores. A decisão arbitral só se executaria depois de homologada, salvo se fosse proferida por um juiz atuando na qualidade de árbitro (MIRANDA, 1962, v. 15, p. 234).

## **4 ARBITRAGEM NA FASE REPUBLICANA DO BRASIL**

### **4.1 Arbitragem na Constituição republicana de 1891**

Apesar das denúncias de fraude na votação, a Constituinte eleita em 15.09.1890 reuniu-se e promulgou, em 24.02.1891, a primeira Constituição republicana. Logo depois, os constituintes elegeram o Marechal Deodoro da Fonseca Presidente da República e Floriano Peixoto Vice.

Baseada na Constituição norte-americana, foi revisada por Rui Barbosa. Admitiu a liberdade de culto, estendeu o direito de voto, que era a descoberto (não-secreto), a todos os cidadãos do sexo masculino maiores de 21 anos e instituiu o voto direto para a Câmara, o Senado e a Presidência da República; e a Justiça local, autorizando os Estados-membros a legislar sobre processo civil, e, assim, os Estados passaram a elaborar os seus próprios Códigos (DOWER, 1974, p. 26).

Previu o recurso à arbitragem internacional para a solução de disputas entre Estados (arts. 34 e 88).

## **4.2 Arbitragem no Código Civil de 1916**

Em 15.11.1898, Campos Sales assume a Presidência do Brasil, tendo como Ministro da Justiça Epitácio Pessoa que, por meio de carta de 25.01.1899, convida seu antigo colega de congregação da Faculdade de Direito do Recife, Clóvis Beviláqua, a elaborar um projeto de Código Civil, com a recomendação de aproveitar tanto quanto possível o projeto anterior de Coelho Rodrigues. Transferido para o Rio de Janeiro, Clóvis Beviláqua inicia desde logo sua tarefa, que em pouco mais de seis meses estava concluída. Ao receber o projeto, o Governo nomeia uma Comissão Revisora sob a presidência do próprio Ministro da Justiça. Depois da revisão que apresenta numerosas inovações, o projeto é apresentado ao Presidente da República, que o remete ao Congresso mediante mensagem de 17.11.1900.

Na Câmara dos Deputados, sofre metucioso exame por parte dos vinte e um representantes das diversas bancadas, tendo como presidente J. J. Seabra, surgindo então o projeto da comissão aprovado pela Câmara em sessão de 13.03.1902. Enviado ao Senado, sofre críticas de redação por parte de Rui Barbosa. Após longos anos de estagnação no Senado, o projeto retorna à Câmara com 1.736 emendas, a maioria tratando de redação. Aprovado, converte-se na Lei nº 3.071, de 01.01.1916 (BRASIL, 1970), para entrar em vigor em 01.01.1917, modificada posterior e substancialmente pela Lei nº 3.725, de 15.01.1919.

O Código Civil brasileiro, saudado com muitos louvores, caracterizou-se por ser claro, preciso, breve e ter uma excelente técnica jurídica. Entretanto, em diversos pontos, ele pecou, ou por ter disciplinado institutos em franca decadência, ou por não ter tido a intuição de contemplar relações jurídicas

em germinação. Cuidou do compromisso em sua Parte Especial, Livro III (Do Direito das Obrigações), Título II (Dos Efeitos das Obrigações), Capítulo X (Do Compromisso), arts. 1.037 a 1.048, revogados pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996.

O compromisso, judicial ou extrajudicial, era o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhiam juízes árbitros, para decidirem as suas questões.

As pessoas capazes de contratar poderiam, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvessem as pendências judiciais, ou extrajudiciais (MONTEIRO, 1978, v. 4, p. 319).

Os árbitros eram juízes de fato e de direito, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionassem as partes. Se as partes não tivessem nomeado o terceiro árbitro, nem lhe autorizando a nomeação pelos outros, a divergência entre os dois árbitros extinguiria o compromisso. Podia ser árbitro, não lhe vedando a lei, quem quer que tivesse a confiança das partes.

A sentença arbitral só se executaria, depois de homologada, salvo se fosse proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes.

#### **4.3 Arbitragem nos Códigos de Processo Civil dos Estados**

O primeiro Estado que criou o seu próprio Código de Processo Civil foi o Pará, em 1904, que praticamente reproduziu o Regulamento nº 737/1850.

Mas o primeiro Código de Processo Civil estadual que trouxe idéias renovadoras, inspirado na doutrina alemã de *Bulow* foi o Código da Bahia, elaborado por Eduardo Espínola.

O Código de Processo mineiro foi o seguinte e assim, sucessivamente, quase todos os Estados-membros passaram a ter o seu próprio Código. O Estado de São Paulo foi um dos últimos, tendo publicado o seu em 14.01.1930.

Dos Códigos de Processo Civil estaduais que trataram do tema do juízo arbitral, destacam-se: o de São Paulo (arts. 1.139 a 1.160); o do Distrito Federal (arts. 729 a 732); o da Bahia (arts. 860 e seguintes); o de Minas Gerais (arts. 5º e seguintes) e o do Rio Grande do Sul (arts. 11 e seguintes).

O art. 5º do Código de Processo do Estado de Minas Gerais rezava que poderiam ser árbitros todas as pessoas que merecessem a confiança das partes, exceto: 1 – o menor; 2 – a mulher; 3 – o interdito; 4 – o surdo-mudo; 5 – o cego; 6 – o analfabeto; 7 – o estrangeiro que não soubesse a língua portuguesa; 8 – o inimigo capital; 9 – o amigo íntimo; 10 – os ascendentes, os descendentes, os consanguíneos e afins até o quarto grau; e 11 – o que tivesse

particular interesse na decisão da causa, como o sócio, o advogado, o procurador, e o dependente de qualquer das partes (SANTOS, 1977, v. 14, p. 75).

No mesmo sentido, dispunham os Códigos de Processo do Estado do Rio de Janeiro (art. 1635), do Rio Grande do Sul (art. 11) e da Bahia (art. 962), consignando algumas ou todas as incapacidades do art. 15 do Decreto nº 3.900/1867.

O Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal, embora mantivesse os dispositivos do regulamento de 1867, não trouxe em seu bojo as incapacidades dos árbitros, haja vista o disposto em seu art. 731 que reproduziu o art. 1.043 do Código Civil de 1916.

Assim como o art. 48 do Regulamento nº 3.900/1867, determinavam os Códigos de Processo de Minas Gerais (art. 30), da Bahia (art. 892), do Ceará (art. 786), do Rio Grande do Sul (art. 28), do Estado do Rio (art. 1.666, parágrafo único) e de São Paulo (art. 1.146, § 1º): se a sentença arbitral fosse unânime, em seu dispositivo, ela seria escrita e datada por um dos árbitros e assinada por todos, podendo cada qual fazer declaração de voto, quanto aos fundamentos que houvesse adotado.

#### **4.4 Arbitragem nas Constituições republicanas de 1934 e 1937**

A Constituição republicana de 1934, promulgada em 16.07.1934, teve inspiração na Constituição alemã de Weimar, de 1919, e na espanhola, de 1931, conferindo à União competência exclusiva para legislar sobre matéria de processo.

Estabeleceu, entre as competências privativas da União (art. 5º, XIX, “c”), a de legislar sobre normas fundamentais da arbitragem comercial<sup>1</sup> e, no § 3º do mesmo artigo, deu competência concorrente aos Estados-membros para que, atendendo às peculiaridades locais, suprissem as lacunas ou exigências da legislação federal, sem dispensarem as exigências dela. Previu o recurso à arbitragem para a solução de disputas internacionais (art. 4º).

A Constituição republicana de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas em 10.11.1937. Elaborada pelo jurista Francisco Campos, a partir das concepções autoritárias dos regimes fascistas europeus, centralizou o poder político e acabou com o princípio da harmonia e independência entre os três poderes, passando o Presidente a controlar os Poderes Executivo e Legislativo.

Extinguiu os partidos políticos. Instalou o regime corporativo, sob autoridade direta do presidente e instituiu a pena de morte.

No art. 18, “d”, permitiu aos Estados legislar sobre “organizações

---

<sup>1</sup> Esta é a única vez que a expressão *arbitragem comercial* aparece em um texto constitucional brasileiro.

públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral.” No mesmo artigo, “g”, criou competência concorrente para os Estados legislarem sobre “processo judicial e extrajudicial.”

#### **4.5 Arbitragem no Código de Processo Civil de 1939**

Objetivando-se a unificação do Processo Civil, foi nomeada uma comissão de juristas para preparar o anteprojeto de um Código de Processo Civil.

Por causa de divergências existentes no seio desta comissão, um de seus integrantes, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou um projeto de sua autoria a Francisco Campos, então Ministro da Justiça, que mandou publicá-lo em 04.02.1939, para suscitar o oferecimento de sugestões.

O Ministro da Justiça, auxiliado pelo próprio autor do projeto, bem como por Guilherme Estelita, concluiu o texto em 18.09.1939, transformando-o em Código de Processo Civil, por meio do Decreto-Lei nº 1.608, entrando em vigor no dia 01.03.1940.

O Código de Processo Civil de 1939 cuidou do juízo arbitral em seu Livro IX, Título Único, arts. 1.031 a 1.046, fixando, no Capítulo I, as disposições gerais; no Capítulo II, o andamento da causa e do julgamento e, no Capítulo III, a homologação do laudo arbitral, recursos e execução da decisão (MIRANDA, 1962, v. 15, p. 135-241).

Não poderiam ser árbitros: I – os incapazes; II – os analfabetos; e III – os estrangeiros.

Instituído o juízo arbitral, os árbitros deveriam declarar, no prazo de dez dias, se aceitavam a nomeação, presumindo-se a recusa do que, interpelado, não respondesse. No caso de falta, recusa ou impedimento de qualquer dos árbitros, seria convocado o substituto.

O árbitro poderia ser arguido de suspeito, nos mesmos casos do juiz.

Celebrado o compromisso na pendência da lide, os autos seriam entregues aos árbitros, mediante recibo e independentemente de traslado. Não se admitiria juízo arbitral depois de proferida a decisão em qualquer instância.

Nomeados, os árbitros concederiam às partes o prazo comum de dez dias para apresentação de alegações e documentos. Em prazo igual e comum, poderiam as partes dizer sobre as alegações apresentadas. As alegações e documentos seriam acompanhados de cópias, que o escrivão entregaria aos árbitros e à parte adversa, autuando os originais. Após a audiência para instrução e debate, que se realizaria com a presença das partes, outra seria designada pelo relator para publicação da sentença.

O laudo seria deliberado em conferência, por maioria de votos, e, em seguida, reduzido a escrito por um dos árbitros. A execução da sentença arbitral

dependeria de homologação. Era competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que, originariamente, competiria o julgamento da causa. No prazo de cinco dias, contados da data da assinatura, o laudo seria depositado no cartório do juízo competente para a homologação. Feito o depósito dentro do prazo e verificada a regularidade do laudo, o juiz declará-lo-ia executório, conferindo-lhe força de sentença, intimadas as partes. Assinado pelas partes o pedido de homologação da sentença arbitral, seguir-se-ia o julgamento, concedendo-se à que não o houvesse assinado o prazo de cinco dias para alegações.

Caberia recurso de apelação da sentença que homologasse, ou não, a decisão arbitral. Se o Tribunal anulasse o laudo, mandaria que os árbitros julgassem novamente a questão, salvo se negada a homologação, com fundamento: a) na nulidade do compromisso, caso em que este se extinguiria; b) na infringência, pela decisão arbitral, de direito expresso, caso em que o Tribunal aplicaria o direito à espécie, salvo se, autorizado no compromisso, o julgamento tivesse sido por equidade.

#### **4.6 Arbitragem nas Constituições republicanas de 1946, 1967 e 1969**

A Assembléia Constituinte foi instalada em 05.02.1946, integrada por 42 senadores e 286 deputados eleitos em 02.02.1945. Encerrou os trabalhos em 18.08.1946. Contou pela primeira vez com a participação do Partido Comunista (SILVA, 2001, p. 83).

Com tendências liberais, promulgada em 18.09.1946, permitiu a liberdade de organização e expressão, estendeu o direito de voto aos maiores de 18 anos de ambos os sexos, restabeleceu os direitos individuais e aboliu a pena de morte. Devolveu autonomia aos Estados e municípios e restabeleceu a interdependência dos três poderes. Sofreu mais de vinte emendas e teve cerca de quarenta atos complementares. Foi revogada em 1967, durante o governo Castelo Branco.

A Constituição republicana de 1946, referiu-se expressamente à arbitragem como um dos meios de solução de conflitos internacionais.

A Constituição do Brasil de 1967 (BRASIL, 1967), elaborada pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, foi promulgada pelo Congresso em 24.01.1967, com vigência a partir de 15.03.1967. Traduziu as necessidades da ordem estabelecida a partir do golpe militar de 1964, estendendo ao presidente a iniciativa de projetos de emenda constitucional. Ratificou o que já estava estabelecido pelos atos institucionais, aumentando o poder do Executivo e reduzindo os poderes e prerrogativas do Congresso, que aceitou votá-la.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1969,<sup>2</sup> adaptada

pelo jurista Carlos Medeiros Silva, a partir de estudos de Pedro Aleixo, professor de Direito Penal, sobre as normas decretadas pela Junta Militar, é outorgada em 17.10.1969. Manteve o Ato Institucional nº 5 (cinco), e os demais atos institucionais baixados posteriormente. Recebeu 27 (vinte e sete) Emendas. As mais importantes foram a nº 11, de 13.10.1978, que instituiu reformas políticas e permitiu ao presidente decretar estado de sítio e de emergência, e a nº 15, de 19.11.1980, que alterou a nº 8, de 14.04.1977, tornando diretas as eleições para Governador e Senador. Vigorou até 05.10.1988.

As Constituições de 1967 e 1969 afirmaram que os conflitos internacionais deveriam ser solvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

#### **4.7 Arbitragem no Código de Processo Civil de 1973**

A Lei nº 5.869, de 11.01.1973, que instituiu o Código de Processo Civil, cuidava do juízo arbitral em seu Livro IV (Dos Procedimentos Especiais), Título I (Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa), Capítulo XIV (Do Juízo Arbitral), arts. 1.072 a 1.102 (NEGRÃO, 1996, p. 637), revogados pela Lei nº 9.307/96.

As pessoas capazes de contratar poderiam louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvessem as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admitisse a transação. O compromisso era judicial ou extrajudicial.

As partes poderiam nomear um ou mais árbitros, mas sempre em número ímpar. Quando se louvassem apenas em dois, estes se presumiriam autorizados a nomear, desde logo, terceiro árbitro. O árbitro era juiz de fato e de direito e a sentença que proferisse não ficaria sujeita a recurso, salvo se o contrário convencionassem as partes. Poderia ser árbitro quem quer que tivesse a confiança das partes, excetuando-se: I – os incapazes; II – os analfabetos; e III – os legalmente impedidos de servir como juiz ou os suspeitos de parcialidade. A exceção de impedimento ou de suspeição seria apresentada ao juiz competente para a homologação.

Se no compromisso houvesse prazo para o proferimento do laudo, o árbitro seria obrigado a respeitá-lo. Este prazo seria contado do dia em que

<sup>2</sup> Do ponto de vista formal, a Constituição de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, tomou o aspecto de Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967. Durante certo tempo, houve polémica entre os juristas, pois alguns julgavam que a Carta de 1967 tivesse sido emendada de modo substancial, mas não o suficiente para cessar a sua vigência; outros defendiam que a Carta de 1967 tinha sido desfigurada de tal maneira que a sua vigência havia cessado. Sobre a questão, a melhor orientação é a de que o texto de 1969 deve ser considerado como um novo e autónomo documento constitucional.

fosse instituído o juízo arbitral.

Respondia por perdas e danos o árbitro que: I – no prazo, não proferisse o laudo, acarretando a extinção do compromisso; e II – depois de aceitar o encargo, a ele renunciasse sem motivo justificado.

Considerava-se instituído o juízo arbitral quando o árbitro, ou se fossem vários, os árbitros, aceitassem a nomeação. O juízo arbitral podia tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia (FIUZA, 1995, p. 145).

Quando fosse necessária a aplicação de medidas coercitivas ou a decretação de medidas cautelares, o juízo arbitral as solicitaria à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo.

As partes podiam estabelecer o procedimento arbitral, ou autorizar que o juízo o regulasse. Se o compromisso nada dispusesse a respeito, observar-se-ia as seguintes regras: I – incumbia a cada parte, no prazo comum de 20 (vinte) dias, assinado pelo juízo, apresentar alegações e documentos; II – em prazo igual e também comum, podia cada uma das partes dizer sobre as alegações da outra; e III – as alegações e documentos seriam acompanhados de cópias, para serem entregues a cada um dos árbitros e à parte adversa, sendo autuados pelo escrivão os originais.

O juízo proferiria laudo fundamentado no prazo de 20 (vinte) dias. O laudo arbitral, depois de homologado, produzia entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; e contendo condenação da parte, a homologação lhe conferia eficácia de título executivo judicial. Era competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originariamente tocassem o julgamento da causa. Recebidos os autos, o juiz determinaria que as partes se manifestassem, dentro de 10 (dez) dias, sobre o laudo arbitral; e em igual prazo o homologaria, salvo se o laudo fosse nulo.

Pela convenção de arbitragem, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito (art. 267, VII, do CPC). Compete ao réu, na contestação, antes de discutir o mérito, alegar: convenção de arbitragem (art. 301, IX, do CPC).

O art. 575, IV, do CPC dispõe que a execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença arbitral. O art. 584, VI, do CPC determina que a sentença arbitral é um título executivo judicial.

#### **4.8 Arbitragem na Constituição republicana de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil (ACQUAVIVA, 1999, p. 45), promulgada em 05.10.1988, estabelece em seu art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

direito, impedindo assim que a lei crie obstáculos ilegítimos, indevidos ou antidemocráticos à efetiva tutela jurisdicional, permitindo aqueles legitimamente instituídos (FRANCO, 1999, p. 82). É a garantia dos direitos de acesso aos tribunais (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1998, p. 75-78) e à prestação judiciária (COMOGLIO, 1998, p. 140).

Com o advento da Lei nº 9.307/96, Lei da Arbitragem, houve quem entendesse a inconstitucionalidade: de seu art. 6º, parágrafo único; de seu art. 7º, §§ 1º a 7º; de seu art. 41, com as novas redações atribuídas aos arts. 267, VII, 301, IX e 584, III, do CPC; e de seu art. 42. Todavia, o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do agravo regimental em sentença estrangeira – SE/5206<sup>3</sup> – procedente da Espanha, orientou-se no sentido de sua constitucionalidade (ALVIM, 2002, p. 45-50).

A Constituição Federal de 1988 estabelece nos §§ 1º e 2º de seu art. 114 que, frustrada a negociação coletiva em um conflito coletivo laboral, as partes poderão eleger árbitros; recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo na Justiça do Trabalho.

#### **4.9 Arbitragem na Lei nº 9.099, de 26.09.1995**

A Lei nº 9.099, de 26.09.1995, determina que nas sessões dos Juizados Especiais Cíveis, não obtida a conciliação entre as partes, elas poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral (CARMONA, 1999, p. 53).

O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. O árbitro será escolhido entre os juizes leigos. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, podendo decidir por equidade.

Ao término da instrução, ou nos cinco dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecurável.

Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa.

Na maior parte dos estados da Federação, a experiência revela o desuso da arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos>>. Acesso em: 24 jun. 2002.

#### 4.10 Arbitragem na Lei nº 9.307, de 23.09.1996

A Lei nº 9.307, de 23.09.1996, Lei da Arbitragem, publicada no dia 24 do mesmo mês e ano, com a vigência de 60 dias após a sua publicação, revogou os dispositivos legais existentes no Código Civil de 1916 e no Código Processual Civil de 1973, sobre, respectivamente, o compromisso e o juízo arbitral, disciplinando de maneira mais moderna e pertinente a arbitragem e o seu procedimento, atribuindo-lhe maior efetividade e eficácia (COELHO, 2000, p. 121-135).

Ela retomou as discussões a respeito das noções clássicas do Direito Processual, rompendo, de certa forma, com a visão comum de jurisdição, trazendo argumentos que afirmavam a índole jurisdicional do juízo arbitral, contrariando a ótica tradicional que não concebia a existência de julgadores que não integrassem o quadro administrativo do Estado.

Para a elaboração de seu projeto, foram consultadas as mais modernas legislações sobre arbitragem, em especial a legislação espanhola de 1988, sendo levadas em conta as diretrizes de Organismos Internacionais, entre elas, as fixadas pela ONU (Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL), além das Convenções de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975).<sup>4</sup>

Entre os principais aspectos da Lei da Arbitragem, estão o prestígio ao princípio da autonomia da vontade; a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral; as garantias fundamentais da tutela jurídica; o estabelecimento de um verdadeiro Código de Ética para o julgador (LEMES, 1999, p. 245-287); o estímulo à função conciliadora do(s) árbitro(s) – tentativa de composição amigável dos litigantes – o incentivo ao uso da arbitragem institucional, administrada por entidades especializadas, de forma a propiciar a sua implantação e crescimento no Brasil; a expressa previsão da possibilidade de substituição do árbitro, em caso de falecimento, impedimento e suspeição; a desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral, à qual se confere valor de título executivo, dando-se caráter jurisdicional à arbitragem; previsão de embargos de declaração para sanar obscuridade, dúvidas ou contradições da sentença arbitral; possibilidade de a decisão ser impugnada na justiça; e a competência do STF para homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, reforçando assim a paridade entre a sentença arbitral e a sentença judicial.

---

<sup>4</sup> A Lei da Arbitragem possui alguns descuidos, causados talvez pela demora em sua tramitação legislativa, como aquele esboçado em seu art. 33, § 2º, II, em que ela se refere a laudo em vez de se referir à sentença arbitral.

#### 4.11 Arbitragem no novo Código Civil

A Lei nº 10.406, de 10.01.2002, em vigor a partir do dia 11.01.2003, institui o novo Código Civil (BRASIL, 2002), revogando as Leis nº 3.071/1916 (Código Civil) e nº 556/1850 (Parte Primeira do Código Comercial). E cuida do *compromisso* em sua Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), Capítulo XX (Do Compromisso), arts. 851 a 853 (RODRIGUES, 2002, v. 3, p. 377-383).

Admite o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Veda o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Nos contratos, admite a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

### 5 CONCLUSÃO

O instituto da arbitragem existe no ordenamento jurídico de nosso país desde sua descoberta.

Todavia, o recente tratamento legislativo dispensado à arbitragem, veio conferir maior efetividade e eficácia ao antigo juízo arbitral, ultrapassado e obsoleto, que ademais de não tornar possível a utilização da Justiça privada, servia de entrave para a efetivação de muitas relações jurídicas, principalmente as referentes ao comércio internacional.

O espírito da Lei nº 9.307/96 e do novo Código Civil foi o de superar as inconveniências do sistema anterior que inviabilizavam, na prática, a utilização do então juízo arbitral que, devido a sua disciplina legal e interpretação, era figura raramente utilizada, quer no plano interno, quer no plano internacional, desde que se pretendesse repercussão no Brasil.

A jurisdicionalização da arbitragem é, talvez, o fator de maior vulto, na aquisição por parte desse instituto, de cada vez mais prestígio e importância na sociedade contemporânea.

Como desmembramento da função jurisdicional do Estado, contém segurança e tecnicidade, de forma idêntica àquela jurisdição prestada pelo Estado-Juiz, mas, ao mesmo tempo menos burocracia, representados pela facilidade, rapidez e economia, muitas vezes entraves ao verdadeiro acesso à Justiça pretendido pelas partes que litigam.

Enfim, a importância da arbitragem está no fato de ser mais um instrumento institucionalmente legítimo, colocado no sistema à disposição dos

jurisdicionados para a solução de suas múltiplas controvérsias de ordem interna ou externa, que serão conhecidas por profissionais especializados científica ou tecnicamente no mérito do litúgio.

### Referências Bibliográficas

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. *Vademecum universitário de Direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem: Lei nº 9.307, de 23/9/1996*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946. v. 4.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRASIL. Código Civil. *Código Civil*. Atualização, notas remissivas e índices pelo Desembargador Manoel Augusto Vieira Neto. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

BRASIL. Código Civil. *Novo Código Civil: Lei 10.406/2002*, em vigor a partir de 11.01.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Código Comercial. *Código Comercial: Lei n. 556, de 25-6-1850*, atualizada e acompanhada de legislação complementar. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição do Brasil*. Organizado por Raul Machado Horta. Belo Horizonte: Cultura Brasileira, 1967.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e juizados especiais: uma miragem? In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: Lei n. 3.071 de 1 de janeiro de 1916, emendado pelo Decreto Legislativo n. 3.725 de 15 de janeiro de 1919. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920. v. 1.

COELHO, João Miguel Galhardo. *Arbitragem: legislação nacional, direito internacional, regulamentos e jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e "giusto processo": (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bolonha: Il Mulino, 1998.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem: direito processual da cidadania. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso renovado de direito processual civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Nelpa, 1974.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 2.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 5. ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 24, n. 94, p. 81-104, abr./jun. 1999.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. Juízo arbitral. In: SANTOS, João Manuel de

Carvalho (Org.). *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 30, p. 23-47.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Dos árbitros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMOES, Luciano Braga. A arbitragem no direito comparado. *UNESC em Revista*, Colatina, n. 11, p. 91-114, jan./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas das ações rescisórias*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 15.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 4.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NEGRÃO, Theotonio (Org.). *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA FILHO, Cândido de. *Curso de prática do processo*. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938. v. 1.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. *Ordenações Afonsinas*. Nota de apresentação por Mário Júlio de Almeida; nota textológica por Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. v. 3. Fac-símile da edição de 1792. v. 3.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. *Ordenações Filipinas*: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el rei d. Filipe. Introdução, breves notas e remissões redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. *Ordenações Filipinas*: ordenações e leis

do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el rei d. Filipe. Introdução, breves notas e remissões redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 3.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute resolution and lawyers*. 2nd. ed. St. Paul: West Group, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

SAMTLEBEN, Jüergen. Arbitragem comercial no direito internacional privado do brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia, Coimbra, n. esp., 1985.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. 14.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e poder judiciário: Lei 9.307, de 23.9.1996: mudança cultural*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro: ensaio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936. v. 1.

VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito: especialmente do direito brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

# **ASPECTOS PROCESSUAIS DA DEFESA DE PREFEITOS POR SERVIÇOS JURÍDICOS DOS MUNICÍPIOS E O PATRIMÔNIO PÚBLICO**

**LEONARDO CASTRO MAIA**

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 A distinção entre os interesses do município e do chefe do Executivo – Defesa do mandato – Falsa premissa – 3 Legislação aplicável – Impossibilidade jurídica da defesa do prefeito pelo advogado do município – 3.1 Lei da Ação Popular – Lei da Improbidade Administrativa – 4 O Estatuto da OAB e sua combinação com o artigo 6º da Lei da Ação Popular. – 5 Jurisprudência – 6 Importante julgado do TJMG – 7 Conclusão

## **1 INTRODUÇÃO**

Na qualidade de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com atribuições na área de defesa do patrimônio público, temos acompanhado com interesse as manifestações na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade do patrocínio concomitante pela procuradoria jurídica do município, ou por serviços de advocacia contratados para tanto, de interesses do ente público e privados do prefeito municipal ou de qualquer outro agente público municipal, quando o alcaide é acionado por meio de ação penal, ação popular ou de preservação da probidade administrativa e reparação aos danos ao patrimônio público.

Nessa constante busca por informações, indispensáveis à solução de uma plethora de casos similares que são analisados e investigados pela Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Governador Valadares, verificamos que:

- a) parece haver um consenso na doutrina quanto à irregularidade na promoção da defesa na forma acima, quer em sede de ações civis (destaque para as civis de preservação da probidade e as populares), quer em ações penais, quando os interesses do prefeito e dos municípios, não raro, são, em essência, conflitantes, ainda que sob uma capa de formal compatibilidade;
- b) a melhor doutrina tem apontado a imoralidade administrativa e a lesão ao patrimônio público nas referidas hipóteses, o que importa na promoção pelo Ministério Público de ação civil de reparação de danos e aplicação das punições pela improbidade administrativa, sem prejuízo de ajuizamento

de ação penal;

- c) infelizmente, a jurisprudência criou a figura da *defesa do mandato*, encontrada em alguns julgados, especialmente na área criminal, segundo os quais a prestação de serviços particulares ao prefeito, às expensas do município, seria caracterizada por interesse público, consistente na proteção ao prestígio do cargo de chefe do executivo.

Tais posicionamentos têm sido encontrados em julgamentos de ações penais ou civis (de improbidade administrativa, inclusive) que buscam responsabilizar o chefe do executivo pelos gastos em comento.

Lado outro, pouco ou nada – e confessamos não haver lido qualquer escrito a respeito – tem sido dito sobre a repercussão do ato administrativo considerado imoral e contrário à impessoalidade, no processo em que tal defesa se dá. Ou seja: mesmo quando se reconhece a imoralidade e a conseqüente improbidade, recomenda-se o ajuizamento de ação de improbidade, mas nada se diz sobre o processo em que tal irregularidade foi praticada.

A referida constatação, aliada à defrontação diária com o problema em tela, animou-nos a escrever algumas linhas a respeito, relatando a conclusão teórica extraída dos casos examinados e da experiência prática.

## **2 A DISTINÇÃO ENTRE OS INTERESSES DO MUNICÍPIO E DO CHEFE DO EXECUTIVO – DEFESA DO MANDATO – FALSA PREMISSA**

A problemática processual, referente à representação por advogado do chefe do executivo municipal, não pode ser entendida sem a noção de que a responsabilidade do agente público, por ato praticado contra os interesses do ente público, *é pessoal*, sendo que o mesmo responde como pessoa física e que a procuradoria jurídica municipal, ou quem lhe faça as vezes, defende exclusivamente os interesses do município.

Tal verdade é especialmente nítida nos casos em que o prefeito é defendido em ações penais pela procuradoria jurídica municipal, uma vez que o município, malgrado possa praticar ilícitos civis e administrativos, não pode praticar ilícito penal (salvo ambiental, com alguma controvérsia), até porque a responsabilidade criminal é pessoal e a pena não passa da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF/88), o que deixa claro que o interesse discutido no processo-crime deflagrado em face de prefeito municipal realmente é pessoal.

A distinção também decorre do princípio da impessoalidade que, conforme lição de Garcia e Alves (2002, p. 21), deve ser concebido em dupla perspectiva:

Em um primeiro sentido, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente (acepção ativa).

Sob outra ótica, torna cogente que a administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, o que pressupõe que os atos praticados gerem os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica, caracterizando a imparcialidade do agente público (acepção passiva).

Com isto, preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objeto a satisfação do interesse público, sendo vedada a atividade discriminatória que busque unicamente a implementação de um interesse particular.

A respeito, diga-se, concordamos integralmente com Osório (1997, p. 144-145) quando diz que:

Inexiste interesse público na contratação da profissional da advocacia, por entidade pública, para patrocínio das causas pessoais dos administradores públicos, os quais, nesse aspecto, não podem receber sustento dos contribuintes.

Violenta-se, com tal prática, o princípio da moralidade administrativa, mesmo que uma lei viesse dispor em sentido autorizativo, atentando-se à exigência de legalidade da despesa pública, na medida em que inaceitável que um profissional da advocacia receba dinheiro público para atendimento de interesses notoriamente privados e até antagônicos aos interesses do próprio Ente Público.

Cumprir registrar, por outro lado, que a eventual existência de custos pessoais ao administrador público em decorrência de suas funções é ônus, *data maxima venia*, do cargo ocupado, salientando-se que sempre seria possível evitar os problemas através de consultoria e procedimentos prévios adotáveis pela própria Procuradoria da entidade pública. Tampouco eventual tranqüilidade subjetiva do administrador justificaria afronta às leis e normas constitucionais.

Inadmissível que se adote raciocínio no sentido de que os processos criminais instaurados contra Prefeitos ou outros agentes públicos, por fatos ligados

ao exercício funcional, pudessem estar inseridos nas despesas públicas, pois o Município e/ou entidades públicas ostentam interesse, em tese, na condenação dos agentes públicos e na busca de ressarcimento ao erário, sendo litisconsorte ativo na demanda fundada em improbidade administrativa (art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/92).

*Além disso, semelhante precedente poderia ser aplicado também a outros agentes públicos, tais como policiais, agentes penitenciários, autoridades administrativas, os quais não raro também estão sujeitos a processos por fatos ligados ao exercício funcional irregular, o que é francamente inadmissível!*

[...]

O mais grave, talvez, é que a própria administração da Justiça resultaria manchada com uma atuação tão promíscua de advogados, os quais, não obstante a essencialidade à prestação jurisdicional, estariam prejudicando os interesses das vítimas (Entes Públicos) em favor dos acusados (Autoridades Públicas que figuram no pólo passivo das demandas criminais ou cíveis), danificando, desse modo, a imagem e as funções básicas do Poder Judiciário! (grifo nosso).

Atento à questão, Paço (2001, p. 10) anotou, enquanto escrevia sobre as formas de contratação de advogado pelo prefeito municipal, que:

[...] também causa polêmica a questão da contratação de advogado particular custeado pelos cofres municipais, para defesa do prefeito, réu em ação penal ou em ação civil pública decorrente de sua conduta administrativa. Por que a pessoa jurídica de direito público, que tem existência distinta da pessoa física, deve pagar honorários para a defesa de quem está, transitoriamente, chefiando-a? Prova maior que a medida é injustificável está em que qualquer funcionário público paga com recursos próprios seu advogado particular. Portanto, configura peculato a apropriação de dinheiro público com tal finalidade. O mesmo raciocínio vale para a utilização de procuradores municipais pelo prefeito.

Sem embargo, infelizmente, ainda são encontrados julgados no sentido de que seria possível o patrocínio de defesa do prefeito municipal pelo advogado do município em determinadas hipóteses, o que se convencionou chamar de *defesa do mandato*.

De fato, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio de sua 3ª Câmara Criminal, proferiu julgamento albergando a tese de defesa do mandado, do qual se extrai a seguinte ementa:

DENÚNCIA – CONTRATAÇÃO DE PROCURADOR MUNICIPAL SEM LICITAÇÃO – SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – DISPENSA DE LICITAÇÃO QUANDO NOTÓRIA A ESPECIALIDADE DO CONTRATO – CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA NOS AUTOS – ATIPICIDADE DE CONDUTA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARTICULARES AO PREFEITO ÀS EXPENSAS DA PREFEITURA – DEFESA EM PROCESSO-CRIME – INTERESSE DA MUNICIPALIDADE – PROTEÇÃO AO PRESTÍGIO DO CARGO DE CHEFE DO EXECUTIVO – CONDUTA ILÍCITA – REJEITADA A DENÚNCIA – A contratação de profissional técnico de notória especialização, comprovada nos autos, dispensa licitação, sendo atípica a conduta – O bem jurídico protegido nos processos-crime contra Prefeitos é o próprio mandato popular, o prestígio do cargo, inexistindo conduta ilícita na defesa do chefe do Executivo feita pelo Procurador do Município de ofício.

PROC. CRIME COMP ORIG-C. CR. ISOLADAS Nº 000.257.422-6/00 – COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES – DENUNCIANTES(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PG JUSTIÇA – DENUNCIADO(S): EDSON AMÂNCIO DE SA, PREFEITO MUN. DE ALPERCATA – RELATOR: EXMO. SR. DES. GOMES LIMA.

#### ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A DENÚNCIA. (MINAS GERAIS, 2002).

A tese da defesa do mandato, curiosamente, reflete profunda contradição, pois não é raro encontrarmos nas decisões que a adotam (como no próprio texto da ementa acima) duas conclusões antagônicas coexistindo e sendo sustentadas:

- a) haveria prestação de serviços particulares às expensas do poder público;
- b) haveria interesse da municipalidade no pagamento dos referidos serviços particulares prestados aos chefes do executivo, mesmo considerando que

o prefeito invariavelmente está sendo processado pela prática de atos que contrariam justamente o interesse do município (ainda que em tese).

Posto isso, podemos perceber, no que interessa, que as ações de responsabilização dos prefeitos municipais, procedentes ou não, sempre envolvem interesses originalmente particulares do chefe do executivo, que, segundo a teoria da defesa do mandato, passam a ser qualificados como públicos. Ou seja, mesmo para a teoria da defesa do mandato, há um momento em que a distinção entre os interesses do prefeito e do município fica bem clara e definida.

### **3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA DEFESA DO PREFEITO PELO ADVOGADO DO MUNICÍPIO**

#### **3.1 Lei da Ação Popular – Lei da Improbidade Administrativa**

A segunda premissa, que não pode ser olvidada para o deslinde dos problemas ensejados pela representação por advogado do prefeito municipal, diz respeito à disposição legal contida no § 3º, do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29.06.1965 (Lei da Ação Popular – LAP), aplicável também à ação de improbidade administrativa, por força do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429, de 02.06.1992 (Lei da Improbidade Administrativa – LIA):

---

**Art. 6º.**

---

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou *poderá atuar ao lado do autor*, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. (grifo nosso).

---

O mencionado artigo de lei não existe por acaso, mas confirma que pessoa física (agente público) e pessoa jurídica (ente público) podem divergir.

Com efeito, o silogismo acima apresentado traduz o leque de opções do ente público:

- a) ingressar no pólo ativo da ação, juntamente com o autor popular;
- b) ingressar no pólo passivo da ação, coadjuvando na defesa do requerido;
- c) abster-se de contestar o pedido, não tomando partido.

Outra obviedade, extraída do aludido sistema, é que o autor popular, assim como o autor da ação de improbidade (Ministério Público ou o próprio ente), jamais visa ao ente público, senão para o fim de obter o ressarcimento de seus cofres.

Entanto, nos processos em comento, como já se fez sentir, prefeitos

(pessoa física) e municípios (pessoa jurídica) estão invariavelmente sendo patrocinados, desde o início da causa, pelo mesmo escritório de advocacia.

Ora, como os dois demandados são defendidos pelo mesmo escritório, somos obrigados a concluir que a segunda parte do § 3º, do art. 6º da LAP – *poderá atuar do lado do autor* – acaba tendo sua vigência prejudicada, já que fica eliminada qualquer possibilidade de o município atuar ao lado do autor, sob pena de colidência de interesses, inclusive, eis que advogados da procuradoria em questão não poderiam trabalhar para dois lados em conflito simultaneamente.

#### **4 O ESTATUTO DA OAB E SUA COMBINAÇÃO COM O ARTIGO 6º DA LEI DA AÇÃO POPULAR**

Não é outra, por sinal, a disposição do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 04.07.1994):

##### **CAPÍTULO IV**

##### **Da Sociedade de Advogados**

---

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

---

*§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos*

---

##### **CAPÍTULO VII**

##### **Das incompatibilidades e impedimentos**

---

Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I – os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

II – os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídi-

cas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos. (grifo nosso).

---

Não se discute, frise-se, que o município possa escolher regularmente o lado passivo da ação, coincidindo, inteiramente, seus interesses com os do prefeito.

Mas, ainda que tal argumento seja absolutamente legítimo, não tem o condão de afastar a insofismável e categórica afirmação de que: *patrocinados pelo mesmo escritório, estão a inviabilizar o dispositivo legal do art. 6º da Lei nº 4.717/65, comprometendo a validade do processo.*

*Resultado: o caso não é de que lado o município está* (isto, em tese, pouco importa), *mas (a) se há a opção de escolha de lado e (b) se os advogados/escritórios são distintos* (sendo defendidos por escritórios diversos, até poderiam estar juntos no mesmo pólo da ação).

Do contrário, estaríamos compelidos à conclusão de que a expressão *poderá atuar do lado do autor* (art. 6º, § 3º, da LAP) é meramente decorativa e formal, transmutando-se em um adorno inútil da lei, haja vista que, na prática, estariam suprimidas cem por cento das chances de o município optar por acompanhar o autor em sua pretensão (vez que já estaria sendo patrocinado pelo mesmo advogado/escritório do agente público, então seu *ex adversus*).

Além disso, *é inviável a idéia de que o próprio ente público pudesse arcar com os custos da defesa pessoal daqueles que são acusados de prática de atos contra seus interesses*, sob pena de estar enriquecendo ilicitamente o agente (pessoa física) defendido, uma vez que ele não estaria arcando com gastos de ordem particular.

Afora o problema do enriquecimento ilícito do agente público defendido pelo município, é de se destacar que “[...] O advogado, quando está vinculado a uma entidade pública, não pode, por qualquer ângulo, atuar contra os interesses dessa entidade, sequer sob o manto do contrato privado [...]” (OSÓRIO, 1997, p. 144).

É bem de ver, ainda, que o profissional da advocacia somente poderia ser contratado pelo município *para defender interesse público*, advogando para o município, portanto.

Nesta linha, e por tudo o que dissemos acima, como o agente público a quem é imputado o ato lesivo ao patrimônio ou à moralidade administrativa não pode ser defendido pelo mesmo escritório ou profissional de advocacia, é legítimo concluirmos que: o profissional contratado pelo município, em hipótese alguma, poderá defender o agente público.

## 5 JURISPRUDÊNCIA

No mesmo diapasão, encontramos sintonizada a moderna Jurisprudência, ainda que, até então, apenas em decisões proferidas *fora* dos processos em que ocorreu a irregularidade, ou seja, em processos manejados em momento anterior ou posterior ao defeso patrocínio, visando, por conseguinte, impedi-las ou repará-las (mas não corrigi-las):

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA** – Contratação de advogado pago pela Prefeitura para a defesa pessoal do então prefeito em ações contra ele promovidas – Legitimidade *ad causam* do Ministério Público e correta adequação da ação proposta – Fato convenientemente comprovado a justificar a procedência da ação – Recurso não provido. (SÃO PAULO, 1999).

**CONSTITUCIONAL – ADIN – PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA DEFESA – ATOS PRATICADOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO – LEI QUE AUTORIZA SEM EXIGIR LICITAÇÃO – EXISTÊNCIA DE ASSESSORIA JURÍDICA – PROBABILIDADE DE DANOS AO ERÁRIO – LIMINAR CONCEDIDA – VOTO VENCIDO**

Em princípio não havendo interesse público, mas interesse pessoal do prefeito na defesa de atos praticados no exercício da função, defere-se liminar para suspender a eficácia da lei que autoriza a contratação de advogado a ser remunerado pela tabela da OAB.

“A imoralidade ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições.” (SANTA CATARINA, 2000).

## 6 IMPORTANTE JULGADO DO TJMG

Diante desses incisivos argumentos, verifica-se que a possível formação, *in thesi*, de um litisconsórcio ativo (que até poderia nem ser formado) entre autor popular e município, ou entre Ministério Público e município, acaba sendo abortada ainda na concepção, ou seja, no princípio legal insculpido no § 3º, do art. 6º da LAP, e no Estatuto da Advocacia, sendo totalmente inibida.

Noutro passo, parece evidente que, estando o advogado regularmente habilitado para o exercício de sua profissão, incólume permanece a sua capacidade postulatória.

Resta saber a natureza da irregularidade (nulidade absoluta, nulidade relativa) e a sua consequência no âmbito do processo em que a mesma foi gerada, pois seria absurdo tolerá-la até o término do *iter* procedimental para, só então, tomarem-se as providências no sentido de ressarcir o erário.

Câmara (2002, v. 1, p. 249) explica que:

[...] ter-se-á nulidade absoluta quando for violada norma cogente de proteção do interesse público; nulidade relativa quando se infringir norma cogente de tutela de interesse privado; e, por fim, anulabilidade, quando for transgredida norma jurídica dispositiva.

[ ... ]

A violação de uma norma cogente de proteção do interesse público, como visto, gera nulidade absoluta. [...]

Destarte, ao envolver normas cogentes, o caso em apreço gera, segundo pensamos, nulidade absoluta, configurando, indubitavelmente, *irregularidade na representação da parte*.

Existe disciplina específica no Código de Processo Civil – CPC a fim de solucionar o problema, devendo ser aplicado o dispositivo do art. 13 do Estatuto Processual, solução a ser encetada imediatamente nos autos em que ocorre a irregularidade, pena de permanecer a esdrúxula situação de continuarmos assistindo à defesa do prefeito pela procuradoria do município, às custas do dinheiro público e, não raro, em concomitância com uma ação de improbidade por ela ensejada e já ajuizada.

O art. 13, *caput*, I, II e III, do CPC dispõe que:

Art. 13 – Verificando a incapacidade processual ou a *irregularidade da representação das partes*, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II – ao réu, reputar-se-á revel;

III – ao terceiro, será excluído do processo. (grifo nosso).

Vale notar que mesmo não havendo, na hipótese discutida, prejuízo para a defesa do prefeito, há, sem dúvida, prejuízo para o autor, que poderia ter o município ao seu lado no pólo ativo, mas foi *tolhido até da probabilidade*

*desta ocorrência*, havendo, igualmente, prejuízo para o município, que poderia estar ao lado do autor postulando o que é, em tese, benéfico para suas economias.

A presente tese foi objeto de recentíssima deliberação do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ensejada por agravo de instrumento da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Cidadão e do Patrimônio Público de Governador Valadares que se insurgiu contra decisão proferida pelo eminente Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca.

Na decisão reformada, o MM. Juiz de Direito dizia que a irregularidade no patrocínio de interesses pessoais do prefeito municipal, pela Procuradoria do município de Governador Valadares, deveria ser discutida noutro processo, nada havendo a ser perquirido nos autos da própria ação em que a irregularidade havia sido levada a efeito, uma vez que o procurador do município possuía habilitação na Ordem dos Advogados.

O Tribunal deu provimento ao agravo, em decisão com o seguinte extrato:

**AÇÃO POPULAR – PREFEITO MUNICIPAL – PROCURADOR DO MUNICÍPIO – PATROCÍNIO – ÔBICE LEGAL – SUBESTABELECIMENTO COM RESERVAS – IRREGULARIDADE NÃO SANADA.** O Procurador Municipal não pode patrocinar, em ação popular, interesses do então Prefeito, por conflitar, em tese, com os do Município, em face das limitações impostas nos arts. 29 e 30, I, da Lei nº 8.906/94, o que contamina de irregularidade a representação judicial do agente político. Esta irregularidade não é suprida pelo subestabelecimento, com reservas, efetivado pelo Procurador Municipal, por ser ato de caráter provisório, que poderá ser revogado a qualquer tempo, mantendo este profissional os poderes de representação do Prefeito Municipal. Agravo provido.

**AGRAVO Nº 000.302.164-9/00 – COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES – AGRAVANTE (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PJ DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES – AGRAVADO (S): MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES E OUTRO – RELATOR: EXMO. SR. DES. LUCAS SÁVIO V. GOMES. (MINAS GERAIS, 2003)**

No voto condutor do referido agravo, o Desembargador Relator destacou que:

Albergáveis se mostram as proposições defendidas pelo agravante, pois é vero que o Dr. Renato Nascimento incorre na limitação do art. 29 da Lei nº 8.906/94, em decorrência da sua condição de Procurador-Geral do Município de Governador Valadares, consoante deflui do instrumento de mandato de f. 25-T3. Logo, é certo que referido profissional não poderia patrocinar os interesses do Prefeito Municipal do aludido Município na ação popular, por assumirem estes a condição de particulares, que, eventualmente, poderão ser conflitantes com os do referido ente de direito público. Esta circunstância, a meu sentir, configura a hipótese do art. 30, I, do aludido texto legal, o que macula irremediavelmente a representação do pré-falado agente político. E, como se não bastasse, esta dupla atuação do nominado profissional convola-se, igualmente, em óbice a que o mencionado Município exerça a viabilidade inscrita no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65. (MINAS GERAIS, 2003).

De fato, a impossibilidade de o município posicionar-se ao lado do autor popular constitui afronta a dispositivos contidos em leis federais e na Constituição Federal de 1988 (art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, arts. 15, 29 e 30, I, da Lei nº 8.906, de 04.07.1994, art. 13 da Lei nº 5.869, de 11.01.1973 e art. 37 da CF/88), dando azo ao prequestionamento para acesso a instâncias superiores, inclusive.

O reconhecimento da irregularidade pelo juiz do processo em que a mesma é praticada impõe ao magistrado a remessa de cópias dos autos em questão ao Ministério Público para a instauração de investigação sobre o ocorrido (especialmente quanto à prática dos ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, e art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967), caso o Ministério Público já não as tenha providenciado.

O Ministério Público, por sua vez, deve procurar levar ao conhecimento do juiz a irregularidade, o que facilita sobremaneira a sua obrigatória persecução repressiva aos atos de afronta aos princípios administrativos, já que passa a agir a partir de uma já constatada irregularidade, declarada em decisão judicial.

Se constatada má-fé do prefeito municipal e do advogado do município, a superveniente ação ministerial fica resguardada pela declaração judicial da irregularidade. Se não, reduz-se eventual prejuízo financeiro do município, resultante do irregular patrocínio, inclusive facilitando o ressarcimento.

Enfim, resguarda-se a higidez processual, debelando-se o mal ainda no início de sua infestação, e prestigia-se o interesse público e a moralidade administrativa.

## 7 CONCLUSÃO

Em face do exposto, concluímos que as ações penais e civis (de improbidade ou populares) que discutem a preservação da juridicidade na administração pública, visando responsabilizar os agentes públicos, envolvem interesses públicos (que visam resguardar) e interesses privados dos agentes públicos, cuja distinção é reconhecida pela legislação, que prestigia a salvguarda daqueles que sejam do Ente Público.

Conclui-se, ainda, que o sistema processual pátrio é incompatível com o patrocínio da defesa de interesses privados dos agentes públicos (inclusive dos prefeitos) às expensas do Ente Público e que a *teoria da defesa do mandato*, sustentando-se na noção de que interesses privados podem ser qualificados como públicos, contraria o ordenamento jurídico pátrio, constituindo um odioso privilégio do chefe do executivo, que não encontra previsão legal, nem correspondente nos outros poderes.

Nesses casos, considerando que fica eliminada qualquer possibilidade de o município atuar ao lado do autor, sob pena de colidência de interesses, também é forçoso reconhecermos que há irregularidade na representação da parte na defesa por um só procurador ou escritório jurídico do prefeito e do município, impondo-se o procedimento do art. 13 do CPC.

A decisão que reconhece a irregularidade na representação assegura higidez processual, constitui elemento ensejador da instauração de inquérito civil, que também respalda o ajuizamento de ação civil pública para apuração de responsabilidades e, acima de tudo, impede que sejam realizados gastos irregulares com o dinheiro público, pois o patrocínio da defesa de interesses do prefeito municipal às expensas da municipalidade constitui ato de improbidade administrativa.

### Referências Bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 000.302.164-9.00 – Comarca de Governador Valadares. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – PJ da 3ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares. Agravado(s): Município de Governador Valadares e outro. Relator: Des. Lucas Sávio Gomes. Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2003. *Minas Gerais: Órgão Oficial dos Poderes do Estado. Diário do Judiciário*, 14 mar. 2003. Caderno 2. p. 15.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo crime de competência originária nº 000.257.422-6.00 – Comarca de Governador Valadares. Denunciante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – PGJ. Denunciado: Edson Amâncio de Sá, Prefeito Municipal de Alpercata. Relator: Des. Gomes Lima. Belo Horizonte, 05 de setembro de 2002. *Minas Gerais: Órgão Oficial dos Poderes do Estado. Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 20 nov. 2002. Caderno 2. p. 18.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa decorrente de despesas públicas ilegais e imorais: aspectos práticos da Lei nº 8.429/92. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 45, n. 235, p. 134-151, maio 1997.

PAÇO, André Medeiros do. Prefeitos e advogados. *Boletim IBCCRIM*, v. 9, n. 103, p. 10-11, jun. 2001.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade nº 00.015928-0 – Comarca de Braço do Norte. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Município de Braço do Norte. Relator: Des. Amaral e Silva. Florianópolis, 06 de setembro de 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 94.917-5/6 – Comarca de Campinas. Apelante: Edson Moura. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Christiano Kuntz. São Paulo, 27 de setembro de 1999.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O LIBELO-CRIME ACUSATÓRIO

ELIAS PAULO CORDEIRO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Nos processos relativos a crimes dolosos contra a vida, da competência do Tribunal do Júri, inicia-se uma nova fase, após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Dá-se início ao chamado *judicium causae* – fase processual em que ocorre o julgamento pelo júri popular – quando o Promotor de Justiça oferece o libelo-crime acusatório.

Dispõe o art. 416 do Código de Processo Penal – CPP:

---

Art. 416. Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstâncias qualificativas do crime e somente poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório.

---

O libelo-crime acusatório constitui-se numa exposição articulada da imputação. Há de guardar estrita correspondência com a pronúncia, no que se refere ao fato criminoso e suas circunstâncias:

Constitui o *libellum accusatorium* a exposição escrita e articulada do fato criminoso e de suas circunstâncias, deduzidas uma a uma, em proposições simples e claras, contendo apenas o que for indispensável à compreensão daqueles [...] (MARREY, 1998, p. 252).

Com singular maestria, o Promotor de Justiça Bonfim (1994, p. 111-112), com atuação em um dos tribunais do júri da capital do Estado de São Paulo, assim se refere ao libelo:

Oportuno que se diga, contudo, que sempre questionamos a existência desta inútil *membrana processual* e, agora – já não a sem tempo –, felizmente assistimos à elaboração da idéia supressiva do libelo,

tendente a retirar-lhe a previsão legal.

Como está, o libelo se tem evidenciado como a mais inexplicável excrescência que o legislador ordinário poderia impor, racionalmente, ao bom andamento processual. Planta-se como incômoda estaca a separar o *judicium accusationis* do *judicium causae*, porque, adstrito à pronúncia e limitado por ela, não pode inovar ou crescer, não dando, *ipso facto*, sopro de vida notável ao processo. Ao contrário, em razão de seus requisitos detalhísticos, traz um monturo de dificuldades na sua confecção, tornando-se um poço sem fundo, onde os *puristas* do processo, especuladores da forma, vão procurar miúdas nulidades.

As críticas são de todo procedentes. De fato, se o libelo deve guardar estrita correspondência com a pronúncia, a sua supressão dos autos não traria qualquer prejuízo para as partes. Em seu lugar, deveria o Ministério Público apenas juntar o rol de testemunhas e postular diligências, abrindo-se vista para a defesa com o mesmo objetivo.

Considerando a legislação vigente, a par de nada acrescentar de útil e notável ao processo, como salientado pelo ilustre Promotor de Justiça aludido, levando-se em conta a sua característica detalhística, o libelo presta-se muitas vezes como uma peça processual desencadeadora de inúmeras nulidades.

Feitas essas considerações, vimos nesta oportunidade trazer reflexões acerca de uma importante questão que tem sido levada aos tribunais, a nosso ver de fácil elucidação, mas que, quando mal interpretada, pode tornar-se um ninho de nulidades, gerando, via de consequência, a procrastinação da prestação jurisdicional e até mesmo a injustiça das decisões.

O promotor de Justiça, ao formular o libelo, estaria obrigado a especificar qual a razão de fato que caracteriza cada qualificadora? Entendemos que não.

O momento adequado para a exposição do fato criminoso é o do oferecimento da denúncia, como estabelece o art. 41 do CPP:

---

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

---

No momento do oferecimento da denúncia, o titular da ação penal deve apresentar, de forma concisa, mas bem pormenorizada, todos os contornos da inculpação. Estará assegurado ao réu, assim, o exercício de sua defesa de forma ampla, o que é uma garantia constitucional (art. 5º, LV, da Constituição).

ção Federal de 1988 – CF/88).

Encerrada a instrução criminal, o juiz sumariante profere a decisão de pronúncia que, como se sabe, constitui-se num juízo de admissibilidade da imputação. Nesse momento, cumpre ao magistrado, sem aprofundar na análise dos elementos probatórios, observar se há prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. No que se refere às qualificadoras, conforme a melhor jurisprudência, não devem ser decotadas nesta fase, cabendo ao Tribunal do Júri, valendo-se do princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c” da CF/88), decidir sobre sua procedência ou não:

Recurso de Habeas Corpus – Sentença de Pronúncia – Exclusão das qualificadoras – A jurisprudência predominante tem se orientado no sentido de não excluir da sentença de pronúncia as qualificadoras referidas na denúncia, deixando tal oportunidade ao Tribunal do Júri que, como Juiz natural do processo, dirá sobre a incidência, ou não, de cada uma delas. Recurso a que se nega provimento (BRASIL, 1993).

Após o trânsito em julgado da pronúncia, cumpre ao Ministério Público oferecer o libelo-crime acusatório, nos moldes estabelecidos pelo art. 417, I, II, e III, do CPP:

---

Art. 417. O libelo, assinado pelo promotor, conterá:

I – o nome do réu;

II – a exposição, deduzida por artigos, do fato criminoso;

III – a indicação das circunstâncias agravantes, expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena;

---

Em que pese a clareza do dispositivo legal em foco, deparamo-nos, cotidianamente, com a arguição de nulidade do libelo, por ausência de explicitação do conteúdo fático relativo às qualificadoras. De acordo com tal entendimento, ao descrever cada qualificadora, deveria o promotor de Justiça fazer constar, por exemplo: *o crime foi praticado por motivo torpe, consistente em [...]; o crime foi praticado por motivo fútil, consistente em [...]; o crime foi praticado com emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, consistente em [...]*.

O argumento principal é de que o Ministério Público, ao deixar de

atender a pretensão, estaria infringindo o princípio da amplitude de defesa.

À toda evidência, a questão é de forma e não de fundo.

*Data maxima venia* dos entendimentos em contrário, o promotor de Justiça não está obrigado a especificar, no libelo, em que consiste o fato que caracteriza cada qualificadora. A especificação há de constar na denúncia, que é, por assim dizer, a mola mestra da imputação e, via de consequência, de toda a ação penal. Durante os debates em plenário, cumprirá ao Órgão Ministerial demonstrar a incidência da circunstância, e a defesa, a seu tempo, poderá rebater os argumentos do titular da ação penal.

Indaga-se: qual a dificuldade que teria o jurado, em tese leigo, para compreender se na hipótese concreta incidiu a qualificadora, devidamente especificada na denúncia?

Verifica-se, desde logo, que o legislador pátrio, ao tratar das qualificadoras, cuidou de utilizar vocábulos simples, cuja compreensão não está limitada apenas aos profissionais do Direito.

Dispõe o § 2º, I a V, do art. 121 do Código Penal – CP:

---

Art. 121

---

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

---

Compulsando qualquer dicionário da língua portuguesa, encontraremos os significados de vocábulos, tais como torpe, fútil, insídia, crueldade, traição, emboscada, dissimulação etc. Nesse caso, a significação legal é de conhecimento comum.

Assim, ao constar do libelo, v.g., que o crime foi praticado por motivo fútil ou torpe, a par da inexistência de previsão legal, não há necessidade de especificar em que consistiu a futilidade ou a torpeza. O momento adequado para tal, repita-se, é o do oferecimento da denúncia.

A tal respeito, já se manifestou a jurisprudência:

A explicitação do motivo torpe não precisa, necessariamente, constar do libelo. Durante a acusação em plenário é dado ao órgão do Ministério Público expor com amplitude o que está ali condensado. (RIO DE JANEIRO, 1983).

Discussão semelhante tem sido observada no que diz respeito à elaboração dos quesitos, até porque os magistrados, via de regra, aproveitam a redação contida nos libelos para elaborar os questionários a serem submetidos aos jurados. A questão também tem sido levada aos tribunais, com o mesmo argumento, ou seja, o de que a ausência da especificação da qualificadora implicaria nulidade, por desobediência ao princípio da amplitude de defesa.

Eis a opinião de Porto (1973, p. 313):

Devem, em regra, os quesitos de qualificadoras, além da referência à expressão usada pela lei penal ("motivo fútil", "motivo torpe", "traição" etc.), descrever a conduta que recebe uma daquelas adjetivações penais; assim, por exemplo, em caso de "traição", o quesito será: "O réu praticou o crime à traição, atacando a vítima pelas costas?" Ficar, todavia, dispensado o acréscimo descritivo se não possível sua enunciação em proposição simples, assim por ter sido complexa e cumulativa de circunstâncias a conduta adjetivada, hipótese que permite a singela indagação: "O réu praticou o crime à traição?"; esta solução em nada é constrangedora às partes, pois a descrição da conduta deve ter sido feita pela inicial penal, bem como tratada pela pronúncia.

Ousamos discordar de tal entendimento.

Ao formular os quesitos, o juiz presidente deve atender ao comando expresso contido no art. 484, IV e VI, do CPP, que assim dispõe:

Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

IV – se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou que faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;

VI – quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza

Essa é a regra básica que, segundo a lei, deve ser obedecida, na formulação dos quesitos.

Consoante alguns entendimentos, inclusive do renomado jurista já referido, o magistrado estaria obrigado a descrever o conteúdo fático alusivo a cada qualificadora. Não obstante, o dispositivo legal acima transcrito não obriga o juiz a proceder a tal inserção.

Indaga-se: onde estaria a dificuldade de compreensão dos jurados, ainda que leigos, para aferir se no caso concreto estão caracterizadas as qualificadoras?

Dispõe o inciso II do art. 5º da CF/88:

#### Art.5º

II – Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A exigência legal é a de que conste do libelo e, via de consequência, da quesitação, todos os fatos e circunstâncias que devam influir na aplicação da pena. Ora, se constar no questionário tão-somente, à guisa de exemplo, que o crime foi praticado por motivo torpe, estará atendido o preceito legal. O quesito foi proposto de forma simples e sua compreensão não está afeta apenas aos profissionais do Direito, mesmo porque a linguagem utilizada pelo legislador é de conhecimento comum, sem tecnicismo. Como se observa, o jurista

Porto (1973) deixa claro que não é necessário o acréscimo. *Data venia*, não faz sentido afirmar que em alguns casos há necessidade de constar o conteúdo fático da qualificadora e que em outros a mesma informação é perfeitamente dispensável. Como salientado pelo próprio Porto (1973) “[...] a descrição da conduta deve ter sido feita pela inicial penal, bem como tratada pela pronúncia.”

Na Apelação Criminal nº 130.314/8, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais rejeitou a preliminar de nulidade apresentada pelo Apelante. A matéria guarda correspondência com a ora abordada. Em seu voto, que foi seguido por seus pares, o eminente Desembargador Relator, Paulo Tinoco, assim se manifestou:

Em suas razões, o apelante requer, em preliminar, a nulidade dos atos praticados a partir da pronúncia, com fundamento no art. 5º, LV, da Constituição Federal e artigos 417, III, 564, IV, 571, V e 593, III, “a”, todos do Código de Processo Penal, devido a não especificação pelo Ministério Público do recurso que dificultou a defesa da vítima [...]

[...]

A pedra de toque da argumentação do apelante diz respeito à violação dos artigos 5º, LV, da Constituição Federal e artigo 564, IV, do Código de Processo Penal, isto porque ausente do libelo-crime acusatório a menção do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Há de se distinguir, entretanto, entre a forma e o conteúdo do ato processual praticado. Não é por outra razão que Romeu Pires de Campos Barros, em consonância com a atual doutrina italiana, fez menção à tipicidade dos atos processuais, ou seja, os atos processuais devem ser praticados em conformidade com o modelo legal. Ora, após análise detida dos autos, verifico que tanto a decisão de pronúncia quanto o libelo-crime acusatório – e, diga-se de passagem, mesmo a denúncia – referem-se à dita qualificadora do homicídio [...]

Portanto, sem razão o apelante ao requerer a decretação da nulidade do feito a partir da decisão de pronúncia, pois todos os atos praticados o foram em conformidade com o previsto na lei processual, valendo ressaltar que a linguagem mais concisa, a falta de clareza na descrição dos atos não ensejam, por si só, nulidade. A questão, como se vê, não é de forma, é de fundo como implicitamente reconhece o parecer da Procuradoria de Justiça: “(...) ter tido a Defesa várias oportunidades para insurgir-se formalmente contra o que interpretou como falta de explicitação da qualificadora,

não tendo sequer recorrido da sentença de pronúncia (fls. 270 – vol 1).’

[...]

Por outro lado, a alegação do apelante de infringência ao disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal também não deve ser aceita. Não houve qualquer cerceamento à Defesa ou violação ao contraditório – desde a denúncia houve a alusão ao recurso que dificultou a defesa da vítima e, logicamente, no Plenário, não houve qualquer dificuldade ou surpresa ao exercício da defesa. Tanto é verdade que, no quesito de nº 13, os jurados decidiram, por unanimidade, que o ora apelante dificultou a defesa da vítima. (MINAS GERAIS, 1999).

No mesmo sentido, a decisão da egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio do Acórdão proferido na apelação nº 227.719-2/00. Decisão unânime. Em seu voto, o Desembargador Relator Odilon Ferreira, assim se manifestou:

É verdade que, segundo orientação dos melhores doutrinadores a respeito do assunto, os quesitos referentes às qualificadoras devem descrever, além da expressão utilizada pela lei, também a conduta que recebe a adjetivação penal. Assim, ao se quesitar a respeito do motivo fútil, torpe, traição etc., deverá a seguir, no próprio quesito, dizer no que consistiu tais motivos.

[...]

E ao que se verifica dos autos, a orientação acima não foi seguida no presente caso. Tenho, todavia, que isso não é motivo para se decretar a nulidade deste julgamento, eis que a omissão da descrição da conduta, somente quando levar os jurados à perplexidade é capaz de tornar nulo um julgamento, o que não é o caso dos autos, pois conforme bem lembrado pelo Representante do Ministério Público em suas bem lançadas contra-razões recursais, ‘torpeza não é conceito técnico-jurídico, que possa gerar perplexidade ao jurado, pois torpe, segundo o Dicionário Aurélio, significa desonesto, impudico, infame, vil, abjeto, ignóbil, repugnante, nojento, asqueroso, ascoso, obsceno, indecente, manchado, enodado, maculado. Não há necessidade de recorrer a livros técnicos para conhecer o significado do vocábulo. Sua elucidação não é afeta aos profissionais do direito, como sustenta o recorrente’.

Na hipótese dos autos, é de se considerar ainda, que a torpeza do motivo já foi amplamente divulgada na denúncia, onde consta ter agido o réu 'por vingança, em razão da separação iminente. E, ao que tudo indica, a inicial não deixou qualquer dúvida sobre o assunto, eis que tal matéria não foi sequer objeto de discussão por parte do acusado, no recurso em sentido estrito que o mesmo interpôs da decisão que o pronunciou. Daí se pode concluir, que os jurados não foram induzidos a erro na votação do quesito referente à qualificadora do motivo torpe, não havendo que se falar em qualquer dúvida sobre o conhecimento da vontade dos mesmos. E a propósito, de conformidade com orientação do STF, o vício na formulação dos quesitos, 'só anula o julgamento quando não permite o conhecimento da vontade dos jurados' (neste sentido RTJ 96/590).

Cumpra acrescentar que, dissertando sobre a redação de quesito referente à qualificadora, Hermínio Marques Porto, na sua obra *JÚRI, Procedimentos e Aspectos do Julgamento*, fornece explicações perfeitamente ajustáveis ao presente caso.

Segundo o mestre: 'Devem, em regra, os quesitos de qualificadoras – e, igualmente, os artigos do libelo – além da referência à expressão usada pela lei penal ("motivo fútil", "motivo torpe", "traição", etc.), descrever a conduta que recebe a adjetivação penal; assim, e por exemplo, em hipótese de "traição" (inciso IV do § 2º do art. 121 do CP), o quesito será: – O réu praticou o crime à traição, atacando a vítima pelas costas? ficará, todavia, dispensado o acréscimo descritivo da conduta caso não possível sua enunciação em proposição simples, assim por ter sido complexa e cumulada de circunstâncias a conduta adjetivada, hipótese que permite a singela indagação: "– O réu praticou o crime à traição?"; tal solução em nada é constrangedora de interesse das partes, pois a descrição da conduta deve ter sido feita pela inicial penal, a denúncia ou queixa, bem como tratada pela decisão de pronúncia." [...] (MINAS GERAIS, 2002).

Em resumo, a qualificadora deve ser apresentada no libelo e no questionário submetido aos jurados de forma simples, de modo a não causar perplexidade. O momento de sua descrição fática, segundo a própria lei, é o da denúncia. Portanto, não há que se falar em nulidade do quesito ou do libelo que deixarem de especificar o conteúdo fático das qualificadoras a serem aprecia-

das pelo Conselho de Sentença.

### Referências Bibliográficas:

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 30 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *Habeas corpus* nº 2958-GO. Recorrente: José dos Reis Ferreira. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Min. Cid Flaquer Scartezzini. Brasília, 06 de setembro de 1993. *Diário oficial [da] República Federativa do Brasil*: Diário de Justiça, Brasília, 27 set. 1993. p. 19826.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*: doutrina, jurisprudência, questionários, roteiros práticos. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 130.314/8 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Guilherme de Mattos Silvino. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, PJ I Tribunal do Júri. Vítima: Sérgio Avelar Nogueira. Relator: Des. Paulo Tinôco. Belo Horizonte, 10 de junho de 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 227.719-2/00 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Ednaldo Ferreira dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, PJ I Tribunal do Júri. Relator: Des. Odilon Ferreira. Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2002.

PORTO, Hermínio Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento*, questionários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 11.177. Apelante: Renato Sasneau. Apelado: a Justiça. Relator: Des. Hermano Odilon dos Anjos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1983. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 586, p. 354.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

LUCIANO FRANÇA DA SILVEIRA JÚNIOR  
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Pós-Graduando em Direito Constitucional

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Princípios institucionais – 3 Classificação do Órgão Ministerial: dissensos – 4 Da independência funcional: contornos, limitações, casuísticas

## 1 Introdução

A Carta Magna de 1988, indigitada de Constituição Cidadã, inaugurou indubitavelmente uma nova ordem jurídica e política, focando o disciplinamento normativo na implementação efetiva das balizas do Estado democrático de direito.

Nesse azimuth, a Constituição tutela – de maneira superlativa – os direitos e garantias individuais e coletivos, assim como os instrumentos que visam ao resguardo e à plena fruição das prerrogativas referentes ao aludido *status quo* inaugurado.

O contexto histórico no qual foi promulgada a Carta Política fomentou a redefinição do Ministério Público como instituição, outorgando-lhe um perfil vocacionado ao exercício de um labor independente e atrelado aos altos escopos prelecionados no novel arcabouço.

O Ministério Público restou contemplado com uma formatação extremamente avançada, pois incumbido de advogar interesses publicistas de altíssima relevância, mormente no que tange aos direitos chamados de terceira geração, diluídos amplamente na sociedade e em seus estamentos.

Na verdade, o perfil hodierno da Instituição vai ao encontro das expectativas de antanho. Rui Barbosa<sup>1</sup> já qualificava o então embrionário *Parquet* nacional como órgão da Justiça pública que não se envolava em “[...] um patrono de causas, intérprete parcial de conveniências, coloridas com mais ou menos maestria: é rigorosamente a personificação de uma *alta magistratura*”, pontificando ainda que “A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrário, em to-

<sup>1</sup> BARBOSA, Rui (apud Mello Junior, 2001, prefácio).

dos os feitos onde servisse, *dizer de direito*, isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça.”

O Ministério Público migrou de um órgão que militava promiscuamente entre a tutela estatal e os interesses intransigíveis da sociedade para um *locus* atual que arredou, definitivamente, qualquer militância vilipendiadora dos princípios informativos e acooçadores do Estado democrático de direito.

Sem olvidar as peculiaridades do desenvolvimento nativo e alienígena do Ministério Público, questão tão debatida nos escorços históricos acadêmicos, deflui acertado que a instrumentalização institucional, no caso brasileiro, decorreu de uma nuance derivada da grande carência do exercício da cidadania, menoscabada em regimes políticos de força, déficit motivador da irrogação de medidas administrativas e judiciais instrumentais e peculiares em face do *Parquet*, munus imprescindível ao velamento da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis instaurados (art. 127, *caput*, da CF/88).

O Ministério Público fixou-se atualmente como verdadeiro *ombudsman*,<sup>2</sup> pois gerado nas entranhas do Estado com a missão indelegável e intransigível de propor instrumentos variegados que possibilitem a limitação do próprio exercício da gestão estatal, desde que essa dinâmica desborde dos parâmetros inculcados na Carta Política.

E, de tal modo as tarefas cominadas ao Ministério Público encerram gravames e perplexidades, dado muitas vezes o ineditismo de sua organicidade, que algumas páginas estão a ser escritas, mormente no que concerne à defesa do regime democrático, atribuição gigantesca e inovadora, a rigor manejada ainda precariamente (MAZZILLI, 1997).

## 2 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

Com efeito, o Ministério Público é o que a Constituição da República define como tal. O caráter, o perfil, a formatação e a gênese institucional repousam nos delineamentos do art. 127 e seguintes da Carta Magna de 1998.

Corolário da relevância das incumbências ministeriais, a Constituição destina à instituição, assim como aos seus membros, múltiplas garantias e prerrogativas, buscando dar ao *Parquet* e a seus agentes aptidão para o pleno desempenho de suas gravosas funções e atribuições.

Garantias institucionais – como autonomia administrativa e financei-

<sup>2</sup> No dizer dicionarista, “[Do sueco *ombud*, ‘representante’, ‘deputado’, + ingl. *man*, ‘homem’.] 1. Nos países de democracia avançada como, p. ex., a Suécia, funcionário do governo que investiga as queixas dos cidadãos contra os órgãos da administração pública. 2. P. ext. Pessoa encarregada de observar e criticar as lacunas de uma empresa, colocando-se no ponto de vista do público[...].” (FERREIRA, 1996, p. 1.222).

ra, iniciativa de lei, funções privativas — convivem paralelamente com instrumentos de atuação afetos de maneira particular aos órgãos de execução, tais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Os nominados princípios institucionais da unicidade, indivisibilidade e independência funcional, assentados no § 1º do art. 127 da CF/88, consignam pilares orgânicos intrínsecos e extrínsecos à atuação desenvolvida pelos órgãos de execução.

Doutrinariamente, sabido que os princípios encerram preceitos generalíssimos, de normatização primária, perorando Crisafulli<sup>3</sup> tem-se, *verbis*:

'[...] Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.'

Dai, concludente ressaí que os princípios institucionais preconizados conferem não só corpo ao Ministério Público como, outrossim, balizam a dinâmica da atuação individualizada em face do todo orgânico, coexistindo, pois, em contexto em que a operância de um não arrefece a plenitude dos outros. Consequentemente, quedam-se como referencial para as cominações legais e administrativas insertas na hierarquia normativa, mormente nos estatutos orgânicos federal e estaduais.

O princípio da unicidade indica a circunstância de que os membros do Ministério Público atuam sob a égide de um só corpo orgânico, submetido a uma chefia solteira.<sup>4</sup>

A indivisibilidade, por seu turno, manifesta como viável aos membros serem substituídos uns pelos outros, dentro de critérios não discricionários estipulados nos ordenamentos orgânicos.

Na seara desses dois princípios reportados, ressaí o dinamismo da

<sup>3</sup> CRISAFULLI, Vezio (apud BONAVIDES, 2000, p. 230).

<sup>4</sup> Registra Mazzilli (1993, p. 66-67) que "[...] só há unidade dentro de cada Ministério Público. Unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado diante de outro. Embora o *caput* do art. 128 da Constituição fale que o "Ministério Público" abrange o da União e o dos Estados, dando uma idéia de unidade entre eles, na verdade, a unidade que existe entre o primeiro e os demais é mais conceitual que efetiva, no sentido de que o ofício que ambos exercem é o mesmo ofício de *ministério público*, a que aludem as leis."

atuação sem solução de continuidade, nada obstante a preservação do princípio (implícito) do Promotor de Justiça natural. Ademais, constitui atecnia qualificar o Órgão Ministerial como representante do *Parquet*, pois na verdade, quando o Promotor ou Procurador de Justiça atua, ele o faz *personificando* a instituição.

O princípio da independência funcional respalda o Órgão de Execução — na sua atuação finalística — a exercer uma militância libertária, fulcrada somente em sua convicção jurídica, sem prejuízo de limitações objetivas e subjetivas que, doravante, serão perfunctoriamente abordadas neste estudo.

Grosso modo, sobredito princípio resolve-se assegurando ao membro do Ministério Público uma atuação infensa à coarctação administrativa ou judicial, assumindo contornos que resvalam no absolutismo libertário.

Emitindo sentir sobre o tema, leciona o mestre comum Meirelles,<sup>5</sup> *verbis*:

'[...] Independência é de caráter absoluto; a autonomia é relativa a outro órgão, agente ou Poder. Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (Ministério Público) e seus agentes (Promotores, Procuradores), há independência da atuação e não apenas *autonomia funcional* (...). Os membros do Ministério Público só se sujeitam ao controle de órgãos superiores e diretivos da Instituição (Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público), na sua conduta administrativa ao longo da carreira, ou nos seus atos pessoais que afrontem a probidade e o decoro que se exigem de todo agente público, principalmente dos que desfrutam de alguma parcela da autoridade estatal. No mais, os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição.'

### 3 CLASSIFICAÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL: DISSENSOS

Colocado o perfil e a relevância das atribuições institucionais, conformadas na seara constitucional, pululam polêmicas relacionadas à classificação do membro ministerial, debatendo doutrinadores no sentido de que se constitu-

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes (apud Mazzilli, 1993, p. 72-73).

em agentes políticos, ou, diversamente, componentes de classe de servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos.

Meirelles (2002, p. 75-77) define-os como agentes políticos, em festsjada obra, consignando:

*Agentes Políticos:* são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Os *agentes políticos* exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as *autoridades públicas supremas* do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

[...]

Nesta categoria encontram-se os *Chefes de Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus *auxiliares imediatos* (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os *membros das Corporações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores); os *membros do Poder Judiciário* (Magistrados em geral); os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça; Promotores e Curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes*

*diplomáticos* e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público.

Os atualizadores da obra mencionada, diante de contraditas aos contornos e à extensão do conceito, reportam-se, roborando a doutrina expendida ao art. 37, XI, da CF/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, lecionando que a novel redação consagra o entendimento de que:

[...] ao relacionar os agentes políticos remunerados mediante subsídio, menciona os 'membros de qualquer dos Poderes', os 'detentores de mandato eletivo', e emprega, a seguir, a expressão 'e dos demais agentes políticos', deixando, assim, entrever que outros agentes também são considerados 'agentes políticos' (MEIRELLES, 2002, p. 77).

Sentir diverso espousa Carvalho Filho (2003, p. 470-471) que obtempera, *in verbis*:

Agentes Políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados

Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros do Tribunal de Contas. Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Ninguém discute a importância do papel que tais agentes desempenham no cenário nacional, mas, ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público. Não interferem diretamente nos objetivos políticos, como o fazem os verdadeiros agentes políticos. Assim, sua fisionomia jurídica se distancia bastante da que caracteriza estes últimos. Não se nos afigura adequada, com efeito, sua inclusão como agentes políticos do Estado. Mais apropriado é inseri-los como servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos.

Ao largo da discussão, de teor precipuamente acadêmico, assoma a necessidade do acerto da gênese dos membros da instituição como premissa fulcral para o entendimento dos contornos e da extensão limitativa da independência funcional legada.

E, sopesando-se as características elencadas nos ensinamentos dissonantes, conclui-se que convergem os doutrinamentos para o caráter relevante e peculiar da atuação dos Órgãos de Execução, agentes públicos que encerram atuação incensurada nos limites dos objetivos preconizados nos contornos constitucionais, tornando-os militantes destacados do corpo servicial ordinário do Estado, com aptidões e prerrogativas que garantem encetamento de dinâmicas alheias a cerceamentos estribados em conformidades infensas ao legalismo e à escorreição no trato jurídico e institucional.

Nada obstante, espoca este estudo a definição dos membros ministeriais como agentes políticos, haja vista enfeixarem atribuições cujo exercício deriva de manifestações constitucionais originárias, resguardado por garantias

igualmente constitucionais, com controle e limites assentados pelo constitucionalismo, jungido por sua vez aos princípios informativos do Estado democrático de direito.

#### **4 DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL: CONTORNOS, LIMITAÇÕES, CASUÍSTICAS**

Princípio basilar da atuação ministerial, a independência funcional, como antedito, proporciona aos membros do *Parquet* liberdade e fluência para externar convicções jurídicas, sem temer nenhuma coarctação no seu obrar.

Goulart, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, leciona significar a independência funcional nuança que “[...] os membros do Ministério Público, no desempenho de suas funções, não estão subordinados a nenhum órgão interno ou externo ou poder, submetendo-se tão-somente à sua consciência e aos valores democráticos que devem pautar a interpretação da lei.”

Necessário, nesta sede, externar que essa independência vincula-se à atuação finalística, discorrendo Mello Junior (2001, p. 117-118) que “O princípio da independência funcional significa que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, atua de modo independente, sem qualquer vínculo de subordinação hierárquica, inclusive com relação à chefia da instituição, guiando sua conduta somente pela lei e por sua convicção”, ressaltando, nada obstante, que “Assim, somente no plano administrativo se pode reconhecer subordinação hierárquica do membro do Ministério Público com relação à chefia ou órgãos de direção superior da instituição, jamais no plano funcional, no qual seus atos somente estarão submetidos à apreciação judicial nos casos de abuso de poder que possam lesar direitos.”

Amoldam-se ditas lições à cogência do art. 43, XIV, da Lei Nacional nº 8.625, de 12.02.1993, que elenca como dever dos membros do *Parquet* “acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.”

Ademais, o Diploma Orgânico Federal, ao atribuir à Administração Superior do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral) expedição de orientações para o desempenho das atividades funcionais, retira dessas recomendações caráter normativo ou vinculativo (arts. 10, XII, e 17, IV), fixando, *contrario sensu*, observância obrigatória às deliberações de cunho administrativo.

Conclui-se, pois, que, quando determinadas legalmente ou mediante ato administrativo da gestão superior providências funcionais afeitas à seara administrativa, organizacional, os membros do Ministério Público têm o dever de assim proceder, sob pena de repercussão na esfera disciplinar, nos termos

dos estatutos orgânicos pertinentes.<sup>6</sup>

A questão, neste tópico, não demanda considerações de maior fôlego, decorrendo da evidência de que presente no Ministério Público a hierarquização administrativa, como lastro para a higidez da instituição como um corpo chefiado, impedindo discricionariedades e desinteligências na manutenção dos preceitos de gestão relacionadas à atividade-meio.

Aspecto diverso, como sugerido alhures, recai sobre a atividade desempenhada na atividade-fim.

Nessa seara, o princípio da independência afigura-se instrumento garantidor de uma atuação libertária, que visa arredar constrangimentos, pressões, imposições, censuras – *interna e externa corporis* – em face das importantes atribuições manuseadas.

A militância funcional impõe, freqüentemente, ferimento de interesses, acudindo o princípio ao resguardo de que o promotor de Justiça ou procurador de Justiça não sejam cerceados no seu atuar, privilegiando-se a tutela dos altos interesses velados pela instituição.

Evidentemente, presentes casuísmos clássicos em que o princípio da independência funcional queda-se mitigado, em decorrência de aspectos orgânicos específicos.

Na hipótese de o arquivamento de inquérito civil proposto pelo Promotor de Justiça ao Conselho Superior do Ministério não ser acolhido, o Órgão Colegiado designa diverso Órgão de Execução para o ajuizamento da ação, consoante art. 9º, § 4º, da Lei nº 7.347, de 24.07.1985. O Órgão de Execução designado, na casuística, age por delegação do Conselho Superior e, nessa condição, a sua atuação deve coincidir com a deliberação colegiada.

Ensina Nery Júnior (1997, p. 1.147):

*Designação de Promotor de Justiça para ajuizar ACP.* Não se convencendo das razões do Promotor de Justiça, o CSMP não concordará com o arquivamento do IC e encaminhará os autos ao PGJ, indicando outro órgão do MP para ajuizar ACP. Ao PGJ caberá baixar o ato formal de designação do Promotor de Justiça indicado pelo CSMP (LOMN 10 IX d). O novo Promotor de Justiça atuará como delegado e representante do

<sup>6</sup> Cita-se, v.g., como dever funcional estipulado na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar nº 34, de 12.09.1994), “[...] prestar as informações necessárias à elaboração do relatório anual da Procuradoria e da Promotoria de Justiça” (art. 110, XXIX), desforço eminentemente administrativo. Registre-se, como exemplo de dever funcional emanado de deliberação administrativa, a abertura, pelo Promotor de Justiça, de pastas de caráter obrigatório, diligência determinada pelo Ato Conjunto PGJ CGMP nº 03, de 22.08.1980.

CSMP. A LOMN 10 IX d, ao conferir ao PGJ a atribuição de designar Promotor de Justiça para ajuizar ACP quando o CSMP não concordar com o arquivamento do IC ou das peças de informação, não derogou o LACP 9º § 4º, pois manteve o *sistema de controle* do IC pelo CSMP, dando ao PGJ a atribuição material de proferir o ato executório da indicação do CSMP. Não há prevalência política de nenhum desses órgãos superiores do MP, pois o Promotor de Justiça designado não age em nome próprio, mas em função delegada do CSMP, não podendo praticar outro ato que não o de ajuizamento da ACP, nos moldes e de acordo com o comando emergente da decisão do CSMP.

[...]

*Suspeição do Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento.* Não poderá o PGJ designar o mesmo órgão do MP que promoveu o arquivamento, em respeito à sua independência funcional. Ele estará impedido de funcionar na ACP ajuizada por determinação do CSMP e do PGJ. Mesmo que o CSMP tenha concordado com a promoção de arquivamento, o órgão do MP que assim procedeu não poderá officiar como *custos legis* (LACP 5º. § 1º) em ACP ajuizada por outro co-legitimado (Mazzilli, *Int. Dif.*, 417 ss.), pois as partes têm direito de receber manifestação imparcial do MP sobre o mérito da ACP. Caso intervenha o Promotor de Justiça que pediu o arquivamento, a ele pode ser oposta exceção de suspeição (CPC 139 § 1º).

Percebe-se que a dinâmica normativa, na espécie, a par de preservar a convicção do promotor de Justiça promovente, impõe – por meio de outro Órgão de Execução – o sentir abraçado pelo Conselho Superior, tornando o designado um instrumento para o encetamento do ajuizamento acertado.

O exercício de funções de confiança, na assessoria de órgãos da Administração Superior, também induz à temperança da incidência do princípio, haja vista que fincado em relação de credulidade, tendo como referência a convicção do agente auxiliado.

Com efeito, doutrina Mazzilli (1993, p. 71-72):

É certo que poderia ser objetado que a própria estrutura atual da instituição torna necessário que alguns cargos e algumas funções sejam ocupados em comissão por membros do Ministério Público, como os

de chefe de gabinete ou assessor do procurador-geral, ou os de coordenador de promotorias. Contudo, tais agentes, assim designados em comissão, não podem, de forma alguma, praticar atos finais da instituição, pois que não atuam com independência funcional para isso. No caso do assessor, por exemplo, o ato final é exercido pelo procurador-geral, que, este sim, no exercício de função própria da instituição, deve ser dotado de plena liberdade funcional de atuação.

Hipótese outra deflui do não-acolhimento, pelo magistrado oficiante, da promoção de arquivamento aviada pelo *dominis litis* em peça inquisitória policial (art. 28 do Código de Processo Penal – CPP).

Contrariado o Órgão de Execução, submete-se o expediente ao Procurador-Geral de Justiça, cabendo-lhe, chancelado o pronunciado jurisdicional, ofertar a denúncia ou designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, preservando a norma adjetiva o entendimento jurídico do promotor de Justiça sucumbente.

Esses casos clássicos citados – exemplificativos, por suas peculiaridades – incidem na verdade em hipóteses nas quais o Órgão de Execução não tem propriamente menoscabada a sua convicção jurídica personalíssima, mas sim milita em situações em que sua liberdade funcional é restringida por fatores orgânicos exógenos à sua atuação, tornando sua dinâmica atrelada a um liame de subordinação administrativa, hierárquica ou meramente vinculante.

Resta agora traçar considerações sobre a consecução da independência funcional na esfera de sua plenitude.

Pode-se ponderar que a independência funcional encerra preceito que resguarda a atuação finalística, sendo uma garantia que possibilita ao Órgão de Execução o exercício fluente e incensurável de seu labor.

Ocorre que esse princípio deve ser entendido dentro de um contexto de organicidade institucional, balizado na eleição de parâmetros que não tornem as atuações singelas de tal modo dissonantes que levem à desfragmentação e à incoerência no manejo das atribuições ministeriais. Poderia, nesse raciocínio, surgir perplexidade, haja vista que a manutenção do Ministério Público como instituição motivaria, em tese, colisão episódica com a prerrogativa dos membros ministeriais de encetar pronunciamentos finalísticos absolutamente libertários, ou seja, o princípio da independência funcional confrontaria recorrentemente com a gênese – também principiológica – do *Parquet* como corpo único.

Esse seria, *ab initio*, o aspecto tormentoso da questão enfocada, sendo tarefa hercúlea delimitar as bordas da garantia da independência com enfoques

institucionais que demandam bitolar uma militância finalística homogênea e confluyente. Exemplifica tal dificuldade às diligências orgânicas visando à inserção das atuações individuais no contexto das coordenadorias dos órgãos de administração, que se instalaram no *Parquet* montanhês e alhures, assim como entender cogentes as diretrizes fixadas nos planos gerais de atuação.

A resposta parece se acomodar na concludente de que a preservação da organicidade institucional do *Parquet* convive – e não colide – com a atuação independente de seus membros.

Analizando o fenômeno dos conflitos normativos, leciona Carvalho Neto<sup>7</sup> que “os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação.”

Inexiste, no raciocínio ora esposado, a perspectiva de uma hierarquia entre as normas principiológicas, doutrinando Ferraz Júnior<sup>8</sup> que:

[...] os sistemas normativos contêm não uma única, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico, regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da equifinalidade, isto é, que um mesmo ponto final pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios.

Posta a questão nessa seara, o presente estudo – despretensioso como fonte de solvência para o problema levantado – tenciona advogar que o princípio da independência funcional, em que pese absoluto no desforço intrínseco do órgão de execução, em sua atuação finalística, queda-se relativizado quando sopesado com diretrizes orgânicas de cunho político-institucional.

Os instrumentos de uniformização da atuação ministerial convolvam-se necessários ao alcance de resultados que não se assentem apenas pontualmente, mas que visem a otimizações na esfera generalizada das atribuições de seus órgãos militantes.

Dai a necessidade da implementação de instrumentos de homogeneização, que sabidamente dependem de um agir símile, ou mesmo unísono. Dita pretensão não é recente no âmago ministerial. No I Congresso

<sup>7</sup> CARVALHO NETO (apud Galuppo, 2002, p.195).

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (apud Galuppo, 2002, p.195).

do Ministério Público do Estado de São Paulo (CONGRESSO..., 1971, p. 208), formatou-se tese afirmando que:

Se o Ministério Público é uno e indivisível, uniforme e coerente deverá ser a sua orientação doutrinária. Não é possível que, diante de questões semelhantes, o Ministério Público se apresente com opiniões divergentes e, muitas vezes, conflitantes. Na apreciação dos fatos, a divergência é incontornável, mas na apreciação do direito deve buscar-se a uniformidade de opiniões.

A preocupação, lapidar, demonstra a necessidade de se fazer uma releitura do princípio da independência funcional, inserindo-o num contexto institucional, possibilitando, após debates em foros colegiados – fomentados e insertos na Administração Superior –, balizar as dinâmicas de atuação de uma forma a tornar infensas defecções de caráter individual.

Essas diretrizes vincular-se-iam aos parâmetros constitucionais, sem prejuízo das cogências infraconstitucionais, fulcradas ainda em deliberações institucionais de atuação conjunta ou uniforme.

Mazzilli (1995, p. 14-15) afirma a natureza limitada da independência funcional, averbando:

A primeira a impô-los [os limites] é a CF, que prevê a independência funcional como princípio institucional do MP (art. 128, § 1º), mas ao mesmo tempo comete-lhes deveres ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). Assim, por exemplo, não pode legitimamente o órgão do MP invocar a independência funcional para violar a seu bel-prazer a ordem jurídica ou para obter fim incompatível com a defesa do regime democrático, ou ainda para preterir a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Também a legislação infraconstitucional impõe limites: a LC Federal n.º 40/81, cuja subsistência em nosso ordenamento temos sustentado (*Regime Jurídico* cit., p. 182-193), enquanto assegura a independência funcional dos membros do MP (art. 16), ao mesmo tempo lhes impõe deveres que não podem ser obstados sob a mera alegação de independência ou liberdade fun-

cional, e, em caso de descumprimento, sujeita seus infratores às sanções nelas previstas (arts. 22 e s. e 32). Por sua vez, a Lei Federal n.º 8.625/93 (a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) prevê que os membros do MP gozem de *inviolabilidade por suas opiniões ou manifestações expedidas em processos ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional* (art. 41, V) [...].

[...]

Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria CF, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.

Conclui-se, portanto, que o princípio da independência funcional deve ser realçado não só como a aptidão dos membros do Ministério Público para a libertária atuação finalística mas como instrumento indissociado de um contexto institucional, voltado para a otimização de dinâmicas necessárias ao atingimento dos resultados desejados.<sup>9</sup>

A interveniência dos órgãos correicionais nesse debate supera a mera feitura de orientações de caráter genérico e não vinculativo. Enquadra-se na participação superlativa diante das discussões institucionais adequadas ao fortalecimento do Ministério Público aperfeiçoado na unicidade, arredando posicionamentos solteiros, dissociados de diretrizes de atuação que se afiguram cogentes.

Essas vicissitudes não podem encontrar guarida numa interpretação da independência funcional como um fim em si mesma, alheia completamente às preocupações orgânicas. Necessário esposar a imprescindibilidade de se criar uma cultura ministerial de valorização das iniciativas forjadas nas discussões político-institucionais, situação que não arrefece a capacidade monocrática do membro do *Parquet* em implementar atuação que contemple aspectos marginais às deliberações encetadas, hábil a aprimorar ou colmatar as estratégias eleitas.

---

<sup>9</sup> Macedo Júnior (1999), Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, doutrina que os planos de atuação institucional não violam a independência funcional e liberdade de convicção do membro do Ministério Público.

## Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1., 1971, São Paulo. *Anais...* São Paulo, Justitia, 1971. v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e praxis*. Disponível em: <[www.smmmp.pt/goulart.htm](http://www.smmmp.pt/goulart.htm)>.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 130-138.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 208, p. 13-19, fev. 1995.

\_\_\_\_\_. Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Justitia*, São Paulo, v. 59, n. 179-180, p. 143-156, jul./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO JUNIOR, João Cancio. *A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA LEI DE LICITAÇÕES: UM ESTUDO DE CASO

ÁLVARO CÉSAR DOS SANTOS NETTO

Professor de Direito Administrativo e Econômico da Universidade do Vale  
do Rio Doce – UNIVALE

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho  
Advogado

SUMÁRIO: 1 Eficiência e regime jurídico-administrativo – 2 Dos convênios administrativos – 3 Da interpretação da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 – 4 Um estudo de caso – 5 Conclusão

## 1 EFICIÊNCIA E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

É sem controvérsia o fato de que a Administração Pública tem como objetivo fundamental a realização do interesse público e a satisfação do bem comum. Todavia, herdamos de nosso período colonial um poder público burocrático e formalista que maioria das vezes não consegue entregar à população aquilo que lhe é de direito: um serviço público rápido e eficaz.

Diante do problema, o legislador nacional inseriu em nosso ordenamento constitucional por meio da Emenda Constitucional n° 19, de 04.06.1998, o princípio da eficiência, visando, no dizer de Moreira Neto (1998, p. 43), vivenciar uma Administração mais gerencial em contraponto àquela existente, de índole essencialmente burocrática.

Destaca Di Pietro (1998, p. 73-74) que esse princípio “[...] impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.” A autora, entretanto, deixa claro em seguida que “[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito.”

Vale dizer, não obstante apontar o princípio para uma Administração mais eficiente, o seu acatamento, de forma alguma, derogou a obediência e a submissão do poder público a parâmetros decorrentes do regime jurídico ao qual está preso, a princípios constitucionais previamente estabelecidos, não o dispensando das sujeições típicas da Administração como, por exemplo, o dever de licitar, do qual falaremos mais abaixo.

Outrossim, não é possível, simplória ou maldosamente, com base no

princípio da eficiência, querer igualar a administração privada à pública<sup>1</sup> sob o argumento de ser esse o único caminho apto a conseguir a pretendida eficácia das atividades administrativas; como se a administração privada, com toda a liberdade que lhe é inerente, se tornasse único delta onde desaguiariam todas as vastas águas da competência gerencial. Ao revés, poderíamos dizer que a eficiência haverá de ser perseguida e posta à disposição da coletividade dentro das amarras características do poder público e não à sua margem. Inexiste antinomia entre as pretensões tendo em vista que a correta aptidão para os negócios públicos pode, também, ser almejada e efetivamente implantada mesmo dentro de um regime jurídico diferenciado.

Essas considerações iniciais são feitas porquanto qualquer discussão relacionada ao Direito Administrativo, como a que sustentaremos mais abaixo, haverá de ter como ponto de partida suas particularidades, ensejando um raciocínio jurídico diferenciado na aplicação e interpretação de suas normas.<sup>2</sup>

Deveras, o Direito Administrativo tem finalidades diversas daquelas encontradas no Direito Privado<sup>3</sup> redundando em uma disciplina normativa diferenciada que tem como matriz, no magistério de Mello (2000, p. 27), a obediência a outros dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> "O recurso à gestão privada continua a ser excepcional: o princípio em França, é o da submissão da Administração a um direito particular, diferente daquele que rege as atividades privadas naquilo que, problemas semelhantes (os contratos, a responsabilidade) apresentam soluções distintas. É o que se exprime quando se fala da autonomia do direito administrativo, do seu caráter derogatório do direito comum e se opõe a gestão pública à gestão privada da Administração." (RIVERO, 1981, p. 22). A mesma idéia aplica-se ao Direito Administrativo brasileiro.

<sup>2</sup> "Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo." (MELLO, 2000, p. 25).

<sup>3</sup> "De las observaciones precedentes podemos desprender las siguientes conclusiones:

I – Que la urgencia, generalidad o amplitud de ciertas necesidades colectivas requiere que su satisfacción se encomiende, creándose una atribución, a una entidad, el Estado, con cualidades diversas de los particulares y se realice por medios de que éstos no disponen.

II – Por consecuencia, la creación y organización del Estado, debe de estar regulada por normas jurídicas especiales y adecuadas.

III – Igualmente debe existir un régimen especial para regular el funcionamiento del mismo Estado, inspirándose dicho régimen en el propósito de que las necesidades generales sean eficaz, continua y regularmente satisfechas.

El régimen jurídico especial a que aluden las conclusiones II y III, constituye el derecho público." (FRAGA, 1948, p. 100).

<sup>4</sup> "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. [...] Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela." (MELLO, 2000, p. 34).

Essa diferença mostra-se muito mais forte, diante das características de nosso ordenamento jurídico, quando tratamos da aquisição de bens e serviços pela Administração Pública tendo em vista que, justamente nesta seara, envolvendo enormes valores financeiros, é que encontramos as mais variadas e esdrúxulas tentativas de se firmar uma exegese da lei de licitações voltada a proteger interesses político-econômicos escusos.

Todavia, veremos que a interpretação da mencionada Lei, em quaisquer dos casos em que se pretende sua aplicação, não exige o contorcionismo que muitos críticos querem fazer crer, bastando, para tanto, ater-nos aos parâmetros traçados pela norma Constitucional como veremos em tópico infra.

## 2 DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Na busca da supra mencionada eficiência administrativa, a Administração Pública lança mão de variados instrumentos jurídicos visando à cooperação dos diversos entes sociais, conjugando esforços em prol de seu objetivo principal que é a realização do interesse público; entre eles, atualmente, os mais usados são os instrumentos denominados convênios.

Longe de ser criação do Direito Público Administrativo, o convênio é instituto tomado de empréstimo ao Direito Privado bem como ao Direito Internacional, cabendo-nos, contudo, como já mencionado, adaptá-lo ao regime jurídico-administrativo quando a Administração estiver envolvida.

Em nosso país, são instrumentos que permitem que nossas organizações político-administrativas, diante das inúmeras tarefas e responsabilidades que devem realizar e curar, consigam o apoio de outros atores sociais (públicos ou privados), somando esforços na consecução de determinados objetivos os quais, talvez, de forma isolada, a Administração Pública não seria capaz de lograr êxito.

Trata-se, portanto, na lição de Meirelles (1977, p. 472), de “[...] meios de ação da Administração através dos quais esta obtém bens e recursos de toda ordem, que precisa para implantar seus planos, concretizar seus projetos, concluir seus empreendimentos de necessidade ou utilidade pública.”

Não nos cabe no exíguo espaço deste texto, enfrentarmos mais profundamente as dúvidas doutrinárias acerca das diferenças entre contratos administrativos e convênios. O conceito supra delineado nos é suficiente. Destacamos, mais uma vez, que sendo convênio, contrato ou qualquer outro tipo de ajuste no qual a Administração se envolva, o instrumento estará inapelavelmente submetido às necessidades do Direito Público.

Resta-nos, todavia, uma afirmação que nos servirá para a interpretação do caso concreto a que nos propusemos. Não obstante em muitos casos termos a presença de entes privados somando esforços com o poder público, não pode o gestor público deixar-se enredar na insidiosa armadilha de pensar que o

envolvimento deles levaria para o campo do Direito Privado as referências jurídicas do acerto firmado, imunizando-o à principiologia constitucional que regulamenta o poder público em nome de uma certa agilidade e maleabilidade da pretendida ação administrativa.

Com esse entendimento, o agente público envereda por uma senda perigosa e contraditória, porquanto o correto é que incida sobre o caso concreto a supremacia do interesse público sobre o privado não tendo valor constitucional a aplicação do Direito Privado a entes públicos, que as regras do Direito Público se sobreponham às de Direito Privado atraindo-as.

O fato de um ajuste ter sido efetivado com um ente privado não quer dizer que, por meio do acerto, estaríamos diante de um desmembramento do Poder Público, de uma nova figura jurídica não vinculada às suas sujeições particularizadas, entre elas, há que se repetir, do dever de licitar.

### 3 DA INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 8.666, de 21.06.1993

Conquanto em outros ordenamentos jurídicos encontremos certa discricionariedade na conduta da Administração ao contratar com particulares,<sup>5</sup> no Brasil a regra é a licitação, comando derivado do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 – CF/88.<sup>6</sup> Não existe, pois, em nossa legislação a livre eleição do contratante.

No dizer do saudoso Meirelles (2002, p. 258), “[...] a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo”, sendo, assim, condição para sua formalização.

Assim é porque, “Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação.” (MORAES, 2002, p. 882).

Contudo, a inteligência daqueles que tentam rapinar o erário é absur-

---

<sup>5</sup> “A regra do direito público francês é que a Administração elege livremente, discricionariamente, seu contratante.” (JEZÉ, 1950, p. 54). Todavia, mesmo com a liberdade mencionada, o administrador francês não tem caminho totalmente livre, o que se depreende da seguinte afirmação: “Étant destinée à choisir par une formule de sélection le contractant dont les offres seront les plus intéressantes pour l’administration, l’adjudication repose d’abord sur les principes de la concurrence et de l’égalité entre concurrents: ces principes dominent le mécanisme d’accès des particuliers à l’adjudication.” (LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDEMET, 1999, p. 812).

<sup>6</sup> Art. 37. [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

damente criativa e, não obstante o claro comando constitucional mencionado, muitas vezes, sob o argumento da eficiência que se quer implantar, em procedimentos aparentemente legais, vemos atitudes e interpretações da lei bastante abusivas tendendo a burlar seus princípios e finalidades. Exige-se, portanto, atitudes de constante vigília tanto dos cidadãos quanto do Ministério Público, legitimado que é para a defesa do patrimônio e dos valores de interesse da comunidade.

Ora, é sabido que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos é legislação longa que, bem por isso, traz, aparentemente, certos conflitos em sua interpretação e na aplicação de seus comandos ao caso concreto. Nada, entretanto, que afaste sua interpretação de princípios básicos da hermenêutica.

Portanto, a norma haverá de ter uma interpretação integrada, interdependente, porquanto as previsões legais, não obstante, às vezes, autônomas, possuem interseções para atingirem sua finalidade visando dar efetividade a todos os seus princípios tendo em vista que, no dizer de Ráo (1952, v. 2, p. 542): “[...] a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação.”

No que se relaciona ao processo licitatório, temos como princípios basilares, inafastáveis, os princípios da ampla participação, da isonomia e do caráter amplamente competitivo visando chegar à melhor proposta para a administração, critérios que não poderão ser excepcionados por quaisquer dos subcomandos inseridos em seu texto.

Decorrendo disso, a interpretação do comando constitucional do art. 37, XXI, da CF/88, braços dados com a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, determina que, existindo a possibilidade de concorrência entre interessados, a licitação será imperativa e, somente excepcionalmente, nos casos expressamente previstos na Lei, é que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade poderão existir, mesmo assim mediante expressa motivação.<sup>7</sup> Dessarte, no dizer de Freitas (1999, p. 186), “Na dúvida deve-se decidir a favor da concretização do princípio”.

Não pode, dessa forma, o administrador público, em quaisquer dos níveis de nossa organização política, arvorar-se em criar, arbitrariamente, hipóteses em que os conceitos de dispensa e inexigibilidade de licitação serão

<sup>7</sup> “Dispensa do procedimento – Explicação dos motivos – Obrigatoriedade – Requisito da seriedade e da validade do ato. É requisito da seriedade e da validade dos atos administrativos que haja a explicação dos motivos da dispensa da licitação, para que se possa confrontar os declinados pela Administração Pública com os efetivamente existentes na realidade empírica.” (RT 162/59).

alargados em detrimento do caráter finalístico do preceito constitucional mesmo quando no exercício do poder regulamentar,<sup>8</sup> como ocorreu no caso concreto do qual falaremos abaixo.

#### 4 UM ESTUDO DE CASO

As considerações tecidas nos tópicos supra foram efetivadas com o objetivo de dissecarmos a Lei n° 4.024, de 21.02.1995, do Município de Governador Valadares – MG, que criou o *Programa Municipal de Recuperação e Conservação de Áreas Verdes Públicas*,<sup>9</sup> posteriormente regulamentada pelo Decreto n° 5.232, de 28 de março de 1995.

A mencionada legislação foi maculada integralmente em sua regulamentação tendo em vista que os administradores aptos a colocá-la em prática derogaram, a seu exclusivo talante, a Lei n° 8.666/93, quando omitiram-se de determinar a obrigatoriedade de licitar os objetos decorrentes dos ajustes firmados com base em suas determinações, substituindo a licitação por um controle posterior dos gastos inexistentes em nosso ordenamento jurídico.

A dita Lei estabelece, em seu art. 3°:

---

Art. 3° – O Executivo Municipal, para o cumprimento do disposto nesta Lei, poderá:

I – Firmar convênios de cooperação técnica e financeira, com pessoas físicas, empresas públicas ou privadas, órgãos estaduais, federais ou internacionais;

II – Conceder, sob a forma de incentivo fiscal, desconto de até 50% (cinquenta por cento) do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, às pessoas físicas e/ou jurídicas, conveniadas, estabelecidas no Município.

---

<sup>8</sup> Mesmo porque, “[...] O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei –, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (Art. 5°).” (MEIRELLES, 2002, p. 124). Dentro destes princípios, sem dúvidas, o da isonomia, textualmente mencionado pela CF/88 e pela Lei 8.666/93.

<sup>9</sup> “Art. 2° O Programa tem por objetivo criar condições materiais que possibilitem a recuperação, implantação e manutenção de praças, parques, jardins e similares, criação de Parque Municipal, Mini-Zoológico, desenvolvimento de projeto paisagístico da Orla da Ilha dos Araújos, da Orla do Bairro São Pedro e de outras unidades de conservação ambiental, assim como a proteção especial destas unidades e dotação das mesmas da infra-estrutura necessária indispensável às suas finalidades.”

O pecado legal, todavia, estabeleceu-se por completo no Decreto regulamentador<sup>10</sup> n° 5.232/95, que determinou:

Art. 3° – a prestação de contas prevista no art. 1°, III, se fará com a apresentação do seguinte documentário:

I – Cópia do contrato firmado, juntamente com as especificações técnicas anexas ao mesmo (art. 1°, I);

II – Guias que comprovem o recolhimento da primeira parcela dos tributos (art. 1°, II e Parágrafo único);

III – Cópias autenticadas dos comprovantes das despesas efetuadas (art. 2°);

IV –

Art. 4° – As despesas relacionadas pelo contribuinte serão objeto de análise e fiscalização pela DPPJ, que após vistoriar a área envolvida, emitirá parecer, atestando os valores efetivamente despendidos, especificando se as mesmas são cabíveis de abatimento das parcelas suspensas dos tributos.

Assim, temos que a Administração Municipal firmará convênios (ou contratos),<sup>11</sup> com particulares, pessoas físicas e jurídicas, visando recuperar

<sup>10</sup> Na lição do Ministro Velloso (1994, p. 421), “Os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ‘são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público’. Editados pelo Poder Executivo, visam tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis ‘devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão, também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam’. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforme acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais. Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas.” Claro, portanto, que o regulamento não poderá, como no caso em estudo, alterar determinação legal, mormente em se tratando de disposição legal de competência da União Federal, caso das licitações.

<sup>11</sup> Na legislação sob enfoque, os termos *convênio* e *contrato*, são utilizados indistintamente, de forma errônea em nosso sentir. Com integral apoio na doutrina de Meirelles (2002, p. 383), entendemos que o contrato caracteriza-se pela presença de duas ou mais partes, onde uma pretenderia determinado objeto (uma obra, uma compra, uma locação) e, a outra, a contraprestação respectiva consubstanciada em uma vantagem qualquer. Já no convênio as pretensões dos participantes são iguais, variando apenas o grau de cooperação de acordo com as possibilidades de cada um. Lado outro, já decidiu o TCU que nos convênios não haverá de existir contraprestação em dinheiro, somente a mútua colaboração (DOU de 18.09.1985, p. 133.651). Sobre o assunto ver Di Pietro (1999). Sintetizando, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Amílcar Motta, entende que “os acordos, ajustes, compromissos, aditivos, ajustes de contas, convenções e quaisquer outras denominações que a aparentemente inesgotável imaginação dos burocratas possam vir a criar no futuro, não passam de nomes diferentes para designar uma única e mesma coisa – Os Contratos Administrativos.” MOTTA, Amílcar – Ofício n° 36/83-AM, da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, exarado no processo n° E-03/18132/83 – (SOUTO, 1993, p. 234).

áreas verdes pertencentes ao Município, possibilitando aos mesmos abater, de seus gastos, 50 % (cinquenta por cento) dos tributos devidos (ISSQN e IPTU). Claro, portanto, que os *convênios* firmados foram gravosos, porquanto pagos integralmente com receitas públicas derivadas de impostos.

Mais que isso, o *controle* dos gastos seria feito posteriormente, mediante a apresentação de *cópias autenticadas dos comprovantes das despesas efetuadas*.

É evidente a burla à Lei de Licitações.

Com efeito, o controle inicial de qualquer gasto efetivado pela Administração Pública haverá de ser feito por meio de regular processo licitatório, decorrente, repete-se, de claro comando constitucional presente no art. 37, XXI, bem como no art. 3º da Lei nº 8.666/93 que dispõe:

---

Art. 3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração<sup>12</sup> e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifo nosso).

---

Somente não haverá necessidade de licitação nos casos taxativamente enumerados no corpo da Lei nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, mesmo porque, ainda que venhamos a considerar como convênios os instrumentos celebrados com base na Lei aqui discutida, ainda assim estaríamos sob a égide do art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93 porquanto determina que suas normas deverão ser aplicadas aos convênios “no que couber.”

Este entendimento é também o de Souto (1993, p. 235) ao afirmar:

O que, entretanto, não pode ocorrer é, através de convênio, atribuir-se à entidade conveniada competências ou contratações do Poder Público que, se ele executasse, exigiriam licitação ou concurso público, tais como a compra de materiais, a contratação de serviços,

---

<sup>12</sup> “Tenho manifestado firme entendimento no sentido de que o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração.” (STJ – Pleno – MS nº 5.602/DF – Rel. Min. Américo Luz – DJU, seção I, 04.02.1998, p. 4).

alienação de bens e contratação de pessoal. Tenha-se presente que, no convênio, a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor (este, busca-se no contrato) de suas tarefas (que, num regime de cooperação, permanecem diretamente a cargo da Administração). Raciocinar o contrário seria admitir a burla ao princípio da licitação.

Onde, pois, na fórmula adotada, o acatamento ao princípio da isonomia<sup>13</sup> e da proposta mais vantajosa para a Administração? Onde, ainda, o acatamento ao formalismo<sup>14</sup> exigido na Lei? Onde a certeza de que as *notas* apresentadas pelos conveniados, como demonstrativo de despesas, seriam idôneas e, mais ainda, como saber se os particulares conseguiram, efetivamente, a melhor proposta para a Administração? São muitas perguntas sem respostas.

Ademais, os princípios da impessoalidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório foram todos desconsiderados pelo Decreto regulamentador, tornando-o inconstitucional, ilegal e possibilitando aos agentes que dele se utilizarem sem observância da legislação mencionada sofrerem as consequências dos instrumentos judiciais reparadores postos à disposição da comunidade e que têm como escopo o ressarcimento de possíveis prejuízos ao erário.

Como vimos, a melhor proposta é objetivo inarredável em toda compra de bens e serviços efetivada pela Administração Pública e essa, sem dúvidas, somente se consegue quando existe a concorrência de vários entes dispostos a serem fornecedores ao poder público. Esta a intenção do art. 37, XXI, da Constituição Federal e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Mais

<sup>13</sup> Demais disso, a corte suprema já estabeleceu, em definitivo, seu entendimento sobre o princípio da isonomia, externado no seguinte julgado: "*O princípio da Isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.*" (STF – Pleno, – MI nº 58-DF – Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello – DJU, seção I, 19.04.1991, p. 4.580) (grifo nosso).

<sup>14</sup> "De outra parte, ao instituir a licitação como veículo adequado à seleção das empresas a serem contratadas pelo Estado, o legislador faz uma opção consciente pelo formalismo. Aí está a fundamental distinção entre um sistema de liberdade de escolha dos contratados e aquele onde a licitação se impõe [...]." (SUNDFELD, 1994, p. 22-23).

que isso, a licitação é instrumento de moralidade administrativa totalmente afastado pelo Decreto em discussão que acabou confundindo práticas públicas com interesses privados.

Tratássemos efetivamente de *convênio*, o que não ocorre em nosso entendimento, não estabeleceríamos qualquer contraprestação pecuniária – como já decidiu o Tribunal de Contas da União – TCU e, ainda que aceitemos que o instrumento previsto tem natureza jurídica de *convênio*, nada afastaria o procedimento licitatório que demarcaria a melhor proposta e o acatamento a todos os princípios acima citados para, somente então, também admitindo o exercício de atividade eminentemente administrativa por particulares, entregarmos o objeto do *convênio* à execução dos partícipes privados.

Lado outro, estivéssemos diante de hipóteses excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, haveríamos de ter um procedimento no âmbito da Administração Municipal que explicitasse, por meio da devida e necessária motivação – que por sua vez deveria ser amplamente divulgada em obediência ao princípio da publicidade – quais os vetores determinantes da excepcionalidade até mesmo para que sobre o mesmo incidisse o controle da sociedade.

Essas necessidades não são, entretanto, encontradas na Lei e no Decreto em estudo deixando patente sua inaplicabilidade por todos aqueles que queiram demonstrar obediência a um verdadeiro Estado de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

O intento do presente artigo foi o de contribuir, ainda que dentro das limitações do autor, para repensar uma prática que vai se alastrando pela Administração Pública nacional, vale dizer, tentar, sob o argumento da busca de uma eficiência gerencial, fugir cada vez mais às determinações constitucionais e legais de que a Administração deve, sempre, como regra, licitar o objeto de seus ajustes<sup>15</sup>. Daí tornarmos público nosso pensamento, que imaginamos pertinente por não ser ocioso, nos dias que correm, acentuar a necessidade de um maior controle dos gastos públicos diante das determinações postas pela Carta Magna.

Possível, portanto, como arremate, chegarmos às seguintes conclusões:

---

<sup>15</sup> Em 24.09.1996, o TCU publicou parecer sobre as contas do Governo Federal do qual se pode transcrever, em socorro às nossas assertivas, os seguintes pontos: "Tornou-se sobejamente conhecida, ao relatarmos as contas de 1990, a constatação de que, considerando o padrão monetário vigente à época, para cada "13 cruzeiros" gastos com despesas licitáveis, apenas "1 cruzeiro" era licitado." Não obstante no decorrer do parecer reconhecerem que ocorreu melhora no sentido de tornar, cada vez mais, a licitação uma regra efetiva, o TCU, continua a alertar para a não-observância da regra de licitar que continuaria em níveis insatisfatórios.

A racionalidade e eficiência da Administração Pública não é conceito antinômico às suas sujeições oriundas do nosso Regime Jurídico-administrativo. Deve ser buscada, com inteligência, dentro da principiologia própria do poder público.

O administrador público não pode, de forma alguma, dispor dos interesses públicos transferindo atividades eminentemente administrativas a outros entes em nome de uma pseudo eficiência gerencial.

Verifica-se que por meio da Lei em estudo, a Administração Municipal abrirá mão de receitas derivadas de impostos e, dispondo de sua competência e da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública, transferirá encargos eminentemente administrativos aos particulares *conveniados* para que eles executem os objetos dos *convênios*.

A transferência de competência é ilegal diante do princípio da indisponibilidade do interesse público que *não se acham à livre disposição do administrador*.

A natureza jurídica do ajuste firmado pelo Município de Governador Valadares com base na Lei Municipal n.º 4.024/95 é de contrato, e não de convênio.

Ainda que estivéssemos tratando de convênios, incidiria sobre os mesmos as determinações da Lei n.º 8666/93 e, caso estivéssemos diante das exceções legais, as mesmas deveriam ser devidamente motivadas e divulgadas.

É do que estamos convictos.

### Referências Bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 4. ed. México: Porrúa, 1948.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

JEZÉ, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma, 1950.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1999. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. refund. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 214, p. 35-53, out./dez. 1998.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Esplanada, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

# DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES

FÁBIO GUIMARÃES BENSOUSSAN

Procurador da Fazenda Nacional do Estado de Minas Gerais  
Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho  
Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 O princípio da moralidade administrativa no Direito Tributário – 3 A aplicabilidade dos parágrafos 5º e 6º do artigo 37 da Constituição da República em sede tributária – 4 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

De um modo geral, afirma-se que o princípio da moralidade administrativa é de conteúdo não muito preciso, em que pese o fato de ter sido expressamente defendido pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*. É de se observar, no entanto, que a referência expressa ao princípio da moralidade, apartado do princípio da legalidade, demonstra a autonomia alcançada por aquele, objeto do presente estudo.

Na clássica lição de Meirelles (1998, p. 87), a moralidade do ato administrativo juntamente à sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade sem os quais toda e qualquer atividade pública será ilegítima.

Trata-se, a toda evidência, de uma moral jurídica e não, simplesmente, de uma moral comum. Aquela deve ser entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração, nos dizeres clássicos de Hauriou.<sup>1</sup> É composta de regras de boa administração, pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não apenas pela distinção entre o *bem* e o *mal* mas também e, fundamentalmente, pela idéia geral de administração e de função administrativa.

Conforme lição da ilustre professora titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, Di Pietro (1994, p. 69), a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu a partir da idéia de desvio de poder, nas hipóteses em que a administração pública se utilizaria de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. Resta evidente sua íntima ligação com o princípio da finalidade e, conseqüentemente, com o princípio da legalidade.

<sup>1</sup> HAURIOU, Maurice (apud MEIRELLES, 1998, p. 86-87)

Ainda de acordo com os ensinamentos da citada jurista, foi com o objetivo de submeter ao exame judicial a moralidade administrativa que se passou a encarar a hipótese de desvio de poder como ilegalidade, sujeita, pois, ao controle judicial.

A noção de moralidade administrativa como vinculada à idéia de desvio de poder fez com que ela se encontrasse, num primeiro momento, englobada pelo conceito de legalidade. A idéia não é falsa, mas incompleta. Segundo Bastos (1998, p. 79), hoje não mais se perquire a intenção do agente, mas a verificação do ato em si, objetivamente considerado. Nesse sentido, faz-se necessária a aplicação do princípio da razoabilidade. Assim, "[...] se a valorização dos motivos ou a escolha do objeto do ato enquadram-se, de algum modo, dentro da razoabilidade mesmo que, eventualmente, possa haver divergência de opinião, o ato deve ser mantido, em homenagem, também, à regra da separação de poderes." (SARAIVA FILHO, 1998, p. 187). Não pode o magistrado fazer substituir a vontade do administrador pela sua própria, desde que aquela seja admissível como válida dentro da sociedade, ou seja, que pelos padrões do homem comum não representem qualquer absurdo em relação à moralidade.<sup>2</sup>

No entender de Machado (1998, p. 63), "[...] a moralidade está implícita na legalidade." No entanto, sua classificação como princípio autônomo teria o grande mérito de afastar aquelas interpretações formalistas, desprovidas de qualquer valoração do conteúdo e dos fins da norma. Muitos interpretam a lei como mera expressão formal, de modo que a legalidade estaria observada mesmo nos casos em que se respeitou apenas o seu sentido literal, esquecendo-se de seu verdadeiro alcance.

Interessante, nesse sentido, o posicionamento de alguns autores, entre os quais Saraiva Filho (1998, p. 186), para quem não mais importa, desde o advento da atual Constituição, indagar se o ato é vinculado ou discricionário, ou se, em relação a este último, ocorreu desvio de finalidade ou outro vício. Havendo afronta à moralidade, o ato é nulo, por contrariar princípio constitucional.

Neste momento, é importante explicitar o fato de não ser o princípio ora em discussão algo inédito no sistema jurídico brasileiro, uma vez que, antes mesmo da atual Constituição, já se encontrava consagrado. Já havia, inclusive, instrumento à disposição de todo cidadão – a ação popular, regulada pela Lei nº 4.717, de 29.06.1965 – para que a moralidade administrativa pudesse ser exigida. No âmbito da ação popular, é cabível a anulação do ato administrativo pela só infringência do referido princípio.

Enfim, cabe ressaltar o fato de que o princípio em estudo encontra-se

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (apud SARAIVA FILHO, 1998, p. 88).

consagrado em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo art. 37 da CF/88, em seu § 4º, estatui que os atos de improbidade, nos escalões governamentais e administrativos, importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, além da ação penal cabível.

O art. 85, V, da CF/88 determina que atentar contra a probidade administrativa é uma das hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República, conforme o art. 9º da Lei nº 1.079, de 10.04.1950, fato que enseja o processo de *impeachment* e que, por força do art. 52, I, da CF/88, alcança ainda os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

A Lei nº 8.112, de 11.12.1990, que estabeleceu o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, prevê várias hipóteses no que tange às vedações a que estão sujeitos os servidores, bem como deveres impostos aos agentes públicos em geral. O Decreto nº 1.171, de 22.06.1994, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil da União, reafirmou o princípio, estabelecendo, expressamente, que o servidor jamais poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo decidir não apenas entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, *caput*, e § 4º, da CF/88 (MEIRELLES, 1998, p. 88).

A título de ilustração, cabe ressaltar o fato de ter a Constituição do Estado de Minas Gerais consagrado, em seu art. 13, os princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, entre outros, demonstrando inequivocamente sua atualidade, porquanto, como já foi anteriormente abordado, a moralidade cada vez mais adquire autonomia em relação ao princípio da legalidade. E mais: moralidade e razoabilidade são apuradas em face dos dados objetivos de cada caso concreto.

## **2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO**

Prosseguindo a exemplificação das hipóteses consagradas pelo ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao princípio da moralidade administrativa, há ainda importantes dispositivos especificamente relacionados ao Direito Tributário. O próprio Código Tributário Nacional – CTN, em seu art. 108, VI e § 2º, prevê que, na ausência da disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, também, a equidade, desde que a mesma não resulte, obviamente, na dispensa do paga-

mento do tributo devido, uma vez que a administração não dispõe da coisa pública, competindo-lhe, apenas e tão-somente, curá-la.

Basicamente, a questão poderia ser resumida na afirmativa segundo a qual *administrar* é a atividade daquele que não é senhor absoluto da coisa que administra.<sup>3</sup> O administrador nada mais é do que um curador, agindo em estrita conformidade com o disposto na lei. Não ocorre, desta forma, a livre entrega do interesse público à livre disposição do administrador. Esta disponibilidade pertence exclusivamente ao Estado, que o faz por meio de deliberações legislativas.

A administração é uma mera executora de tais atos, o que vale dizer que as pessoas administrativas não possuem disponibilidade sobre os interesses públicos, que foram simplesmente confiados à sua guarda e realização. O correto entendimento desse fato é de capital importância para a compreensão da atividade de seus órgãos e agentes. Nas palavras de Mello (1996, p. 31):

[...] A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade com o que predispor a *intentio legis*.

Sendo a administração mero instrumento, tem sua atuação subordinada à lei. Sua atuação está adstrita a uma finalidade, a um dever, e não a uma vontade. Ela apenas cumpre a vontade da lei, ainda que esteja atuando de forma discricionária.

Em síntese, pode-se afirmar que o administrador da coisa pública carece inteiramente de liberdade. Segundo Malerbi (1998, p. 57) “[...] A moralidade administrativa é princípio desdobrado da confiança que o povo depositou no poder e na legitimidade da atividade administrativa em relação à gestão da coisa pública [...]”, o que significa que toda atuação estatal deve buscar a dimensão ética, sem a qual não se poderá afirmar estar atendida a legalidade.

Na lição de Meirelles (1998, p. 85), enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer aquilo que a lei expressamente permite. Não há, portanto,

---

<sup>3</sup> CIRNE LIMA, Rui (apud MELLO, 1996, p. 31)

vontade ou liberdade pessoal. Não cabe ao servidor da Administração Fazendária perdoar uma dívida tributária pelo simples pedido feito pelo contribuinte. A ele compete apurá-la em todos os sentidos, estando obrigado a cobrá-la, se efetivamente existir, ou não, no caso de, após a autotutela e o controle interno da legalidade do ato, constatar que ela não existe. Mas não será o servidor aquele com atribuição de isentar o devedor, e sim o legislador, uma vez que o art. 176 do CTN é por demais claro nesse sentido.

O funcionário público investido de função decisória sabe, de antemão, da imparcialidade que se lhe impõe como de capital influência na sua decisão no processo administrativo.

Saraiva Filho (1998, p. 189-190), no mencionado estudo, enumera uma série de preceitos nos quais estaria consagrada a idéia da moralidade administrativa. Como exemplo, o art. 2º do Decreto nº 1.601, de 23.08.1995, que autoriza o Procurador-Geral da Fazenda Nacional a declarar, mediante parecer aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos, em face de reiterada e uniforme manifestação jurisprudencial e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência.

### **3 A APLICABILIDADE DOS PARÁGRAFOS 5º E 6º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA EM SEDE TRIBUTÁRIA**

Algumas questões importantes devem ser examinadas na análise dos efeitos do referido princípio da moralidade no âmbito do Direito Tributário. Os §§ 5º e 6º do art. 37 da CF/88 devem ser vistos com redobrado cuidado.

Não pode a administração responsabilizar o agente subordinado por prejuízos sofridos em função do seu ato, nem ajuizar ação de regresso, se o referido ato decorreu do cumprimento de ordens superiores não manifestamente ilegais ou inconstitucionais, conforme dispõe o art. 116, IV, da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, c/c art. 122, *caput*. Ora, se há discussão, no meio jurídico, acerca da constitucionalidade ou não de determinada lei tributária, não pode o agente fiscal, desobedecendo a ordens superiores, negar aplicação à referida norma sem a devida e imprescindível autorização.

Esse é o posicionamento, entre outros, de Saraiva Filho (1998, p. 190), que exclui do âmbito dos agentes fiscais subordinados aqueles que desempenhem atividades dotadas de autonomia, como os participantes de tribunais administrativos fiscais. O mesmo autor, no entanto, argumenta que, mesmo no caso das autoridades políticas ou dos agentes administrativos de maior hierarquia, há que se ressaltar o fato de que dificilmente o ato que causou o prejuízo

terá decorrido, unicamente, da tomada de um critério jurídico equivocado, pela ausência de dolo e culpa.

Significa dizer, em outras palavras, que, enquanto a administração tiver possibilidade de demandar validamente, não será possível responsabilizar patrimonialmente o Estado, sob pena de se inibir a atividade regular e vinculada de seus agentes. Para Bastos (1994, p. 37), seria de bom-tom que, diante da constatação segundo a qual a afronta à moralidade administrativa pode causar responsabilidades muito sérias ao agente administrativo, fosse editada uma norma que estabelecesse critérios mínimos pelos quais se pudesse identificar quando se está diante de uma regra integradora da moralidade administrativa.

Esse posicionamento é mais cauteloso, pois resta evidente que o agente da Administração Fazendária não pode responder pelo simples fato de ter o erário prejuízo em razão de uma conduta sua.

Assim, os §§ 5º e 6º do art. 37 da Constituição seriam aplicáveis nas demandas tributárias, desde que restasse caracterizado o dano causado por ato ilícito do agente público, cuja responsabilidade funcional haveria de ser averiguada mediante a constatação da presença de culpa ou dolo, bem como da cadeia hierárquica.

Especificamente no que diz respeito ao sigilo fiscal, há que se ressaltarem as inúmeras possibilidades em que o fornecimento de documentos e informações não caracteriza violação ao princípio da moralidade administrativa, como, por exemplo, as hipóteses de requisição regular da autoridade judiciária, do Ministério Público, bem como em virtude da mútua assistência que as Fazendas Públicas devem prestar umas às outras, com a finalidade (outro termo-chave neste estudo) da fiscalização dos respectivos tributos.

#### 4 CONCLUSÃO

Percebe-se, a toda evidência, que a moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicitados exaustivamente. Nos dizeres de Silva (1992, p. 571), a probidade administrativa é uma forma de moralidade, consistindo no fato de o funcionário servir à administração com honestidade, no exercício das suas funções, sem usar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito próprio ou de outrem a quem queira favorecer. Logo, seria a improbidade uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Por outro lado e, principalmente, após sua consagração expressa na Constituição da República, é de se observar como a moralidade veio conferir, juntamente à finalidade, à razoabilidade e à proporcionalidade, novo conteúdo

ao princípio da legalidade, a partir do qual todos se desenvolveram ao longo do último século.

Como não poderia deixar de ser, a atuação da Administração Fazendária deverá estar em conformidade com o princípio aqui analisado, sendo esse o entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência, o que não significa, por outro lado, a possibilidade de se lhe imputar, indiscriminadamente, a responsabilidade por todo e qualquer prejuízo causado aos contribuintes, bem como seu regresso contra o servidor público. Há que se constatar a presença de elementos objetivos e concretos na conduta administrativa para se falar em inobservância ao princípio da moralidade e/ou da probidade administrativas.

### Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 79-93.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 62-71.

MALERBI, Diva. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 53-61.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed.

rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

SARAIWA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O princípio da moralidade no direito tributário*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 183-199.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

# DUPLA COBRANÇA E FISCALIZAÇÃO DO SUS

ROGÉRIO FELIPETO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Ciências Penais pela UFMG

Professor de Direito Penal

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Sistema Único de Saúde e gestão – 3 Controle de gestão – 3.1 Controle social – 3.2 Controle interno – 4 Dupla cobrança – 5 Auditorias e Ministério Público – 6 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo uma abordagem da repercussão jurídica resultante do fato do agente ligado ao Sistema Único de Saúde – SUS solicitar do particular remuneração para efetuar serviços que já estariam sob o amparo da assistência universal preconizada pelo SUS. Essa repercussão tem um enfoque mais apurado no que diz respeito às consequências de natureza penal.

Para compreensão desse objetivo, procura-se esboçar os contornos do sistema de saúde, mais particularmente do sistema nacional, expondo sua origem, características e princípios norteadores, almejando demonstrar que a unidade que se proclama também resulta na complexidade de relações entre os diversos componentes do Estado brasileiro, seus órgãos executivos e a própria população. Isso de modo a tornar saliente a necessidade de se estabelecer formas de controle e de fiscalização das atividades exercidas, mormente porque também se está a lidar com dinheiro público.

A partir daí, expõe-se a forma de estruturação dos vários instrumentos de fiscalização, esclarecendo como se expressam o controle interno e o externo. O controle interno assume especial interesse, por meio das atividades desenvolvidas pelos serviços de auditoria, na medida em que, exercendo tarefa de cunho administrativo, destinada a depurar o sistema, com vistas à excelência da prestação dos serviços, também exerce papel fiscalizador, assumindo *status* de órgão de controle social, como sói acontecer com os órgãos investigadores da esfera policial, porquanto as auditorias costumam ser os primeiros agentes estatais a entrar em contato com a notícia de prática delituosa.

Cuida-se, então, da questão fática proposta, no sentido de dar adequado enquadramento jurídico-penal à cobrança realizada ao SUS e ao particular pelo mesmo serviço prestado, discutindo-se sobre o estabelecimento do juízo competente e a adequação típica. Chama-se a atenção para a importância dos

sistemas de auditoria e da aparente impunidade resultante da praxe de se promover o arquivamento na esfera administrativa de fatos que, ainda que em tese, configuram ilícito penal. Essa ocorrência compromete o bom funcionamento do sistema, privando a utilização dos recursos que se fazem realmente necessários, contribui para a impunidade criminal, inculcando na sociedade um sentimento de que falta segurança e de que apenas os agentes menos afortunados é que são alvo do Direito Penal, além de suprimir do Ministério Público o cumprimento de missão constitucionalmente a ele irrogada.

## 2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E GESTÃO

De início, é preciso fixar que a implantação do SUS é o resultado de um trabalho de vários anos, desenvolvido pelo movimento sanitário brasileiro, e que vicejou graças à incapacidade de, sozinho, o Estado brasileiro lidar com as demandas relacionadas à questão da saúde. Não se trata somente do resultado de militância de natureza política, com vistas a estabelecer um novo enfoque para a solução dos problemas da saúde pública, mas verdadeiramente de um somatório de forças, podendo ser destacada a grave crise econômica pela qual passou o Brasil no ocaso da década de setenta do século passado, com graves repercussões sobre a Previdência Social, fazendo com que o próprio Estado buscasse novas alternativas para a questão da saúde. A isso se aliou a convergência da discussão política nacional marcada por um viés de democratização, de modo a suscitar que a União Federal proporcionasse cada vez mais a participação popular, socialmente organizada, bem como dos demais entes componentes do Estado Federativo, unidos para a concepção das políticas de saúde, assim como da sua implementação e fiscalização.

Esse momento histórico se mostrou favorável à realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, cujo relatório conteve a proposição de implementação do SUS (BALSEMÃO, 2002, p. 181), sugestão essa sufragada pelo art. 198 da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Assim, os serviços, ações e a assistência à saúde pública passaram a ser objeto de sistematização. Esse complexo de atividades deve ser entendido como o conjunto das incursões estatais em prol do restabelecimento da saúde individual como também da saúde coletiva, de modo a abranger medidas profiláticas tendentes a elevar a qualidade de vida da sociedade, evitando as manifestações patológicas.

O SUS encarna a atividade estatal e assume importância nodal na reparação dos estados patológicos individuais e ainda marca a atuação estatal de forma social no combate a esses comprometimentos da saúde individual, na medida em que se organiza uma intervenção difusa e preventiva. É o que sucede numa atuação sobre o processo *saúde-doença*.

O processo *saúde-doença* é o estudo de um segmento variado de padecimentos, com a característica comum de serem decorrentes da influência de processos sociais interativos. Não se trata de doenças que aparecem aleatoriamente e às quais o ser humano está sujeito, independentemente de sua condição social, racial ou religiosa. São afetações da saúde que encontram origem no fator de desenvolvimento socioeconômico de uma comunidade ou mesmo da atividade humana desenvolvida. É o que pode acontecer, por exemplo, com a proliferação epidêmica da dengue hemorrágica, decorrente em boa parte da ausência de saneamento público. Essa manifestação atinge difusamente a população próxima à área onde é ausente o poder público, no sentido de providenciar o saneamento básico e de estabelecer procedimentos de combate a seu principal vetor: o *Aedes Aegypti*. Esses fenômenos individuais, se tomados de forma coletiva, acabam por ocasionar prejuízo à atividade econômica nacional, onerando os sistemas de saúde com o tratamento e diminuindo a produtividade pelo afastamento do trabalhador. Em síntese, processo *saúde-doença*:

[...] é o modo específico como se dá nos grupos sociais o desgaste biológico e de reprodução das condições concretas de existência, levando em determinados momentos a um funcionamento biológico diferente com prejuízo de atividades cotidianas conhecido por doença. Faz referência a uma inserção social que determina e explica o modo específico da passagem de um estado de saúde para um estado de doença e vice-versa. Ou seja, a saúde ou a doença não ocorre ao acaso, de forma pontual e isolada e sua contextualização será sempre necessária – também pela compreensão das respostas institucionais e sociais, face a ela, ou seja, o tipo de política e o formato predominante do sistema e serviços de saúde de cada país. (CONILL, 2002, p. 110).

Sob essa perspectiva, a sistematização no trato das questões relacionadas com a saúde assume especial importância, na medida em que permite um melhor equacionamento do problema e uma sinalização positiva para o seu deslinde, principalmente porque a composição do centro de poder, responsável pela tomada de decisões, passa a ser compartilhada por diversos setores relacionados com a saúde, oportunizando uma visão multilateral dos problemas e o engajamento dos diversos setores na busca das respectivas soluções.

Pode-se dizer que houve uma evolução do modelo de *sistema previdenciário* para um modelo de *proteção social*. O primeiro é baseado na

tripla arrecadação, partindo da contribuição do Estado, dos empresários e dos trabalhadores. Sofre ele alteração a partir da criação do *National Health Service*, na Inglaterra, que se propõe a um atendimento universal, por meio de arrecadação tributária específica, garantindo uma fonte de financiamento própria. Esse sistema começa o seu declínio com a elevação dos custos decorrentes de uma grande industrialização, dado o enfoque eminentemente científico que se emprestava à questão da doença, centrando-se no cuidado hospitalar e na especialização médica, relegando-se a segundo plano a humanização do atendimento. Esse modelo se caracterizava pelos elevados custos e pela ausência de preocupação com os fatores geradores de doença que tinham uma incidência interpessoal, privilegiando as técnicas de tratamento, vale dizer, preferia-se a remediação à prevenção.

Já o modelo de *proteção social* se caracteriza pelo objetivo maior da conciliação do tratamento do corpo individual e do corpo social (causas internas e externas dos acometimentos doentes). Embora também se parta da perspectiva estatal na proteção da saúde, há nítida influência liberal, procurando estimular a iniciativa privada de forma suplementar. O universalismo cede à equidade. Nota-se uma evolução do modelo previdenciário, em que o atendimento se notabiliza por ser universal, buscando estar à disposição de qualquer cidadão, sem considerar seu extrato social de origem ou qualquer outra referência discriminatória, repousando sob o ônus exclusivo do ente estatal a responsabilidade pelo tratamento. Esse modelo que reflete a centralização do tratamento no Estado transmuta-se para um modelo mais assistencial, em que se procura dissolver o alto custo do atendimento com práticas alternativas, chamando-se a iniciativa privada a atuar de forma suplementar, bem como alterando a forma de intervenção do setor público (CONILL, 2002, p. 117). Exemplo do que ocorre hoje é a disseminação dos planos de saúde, que exercem esse papel subsidiário no atendimento às demandas de saúde, bem como a municipalização dos serviços de saúde e o fomento de práticas preventivas como o atendimento familiar: o Programa de Saúde da Família – PSF.

Como se pode perceber, a prestação de serviços de saúde constitui, então, uma estrutura sistematizada, dotada de certa complexidade, graças aos fins a que almeja (tratamento e prevenção), o que lhe exige um desdobramento, reclamando a participação estatal e social. Para melhor cumprimento dessas missões, faz-se necessária uma flexibilização dessa complexidade, o que se dá mediante a descentralização da prestação dos serviços, bem como de sua própria administração, tudo com vistas a uma maior efetividade dos serviços e realização dos princípios que regem a prestação de saúde: a *preservação da universalização*, mediante a integralidade do atendimento; a *participação da comunidade*, o que acontece sobretudo por meio dos Conselhos de Saúde (Lei

nº 8.142, de 28.12.1990); e a *descentralização*, dotando-se as esferas de governo da Federação de competência gestora e fiscal dentro das respectivas áreas de atribuição.

Para atendimento dessa demanda, regulamenta-se a organização do serviço de saúde por meio de uma Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS, que é uma portaria expedida pelo Ministério da Saúde. A NOAS 01/2001, editada em janeiro de 2001, teve uma inspiração descentralizadora: acentuou a gestão dos planos de atenção básica por parte dos municípios; regionalizou as formas de assistência; implementou novos procedimentos; estabeleceu novas regiões de saúde, definidas pelo gestor estadual e adotou uma nova sistemática de financiamento. Permitiu-se o estabelecimento de consórcios de municípios que se agregam segundo suas necessidades e peculiaridades da região, sob a administração de um gestor estadual. Isso possibilita que se estabeleça em um município-sede a realização de serviços de média complexidade, servindo a toda uma região: é o *Plano de Atenção Básica Ampliado*, enquanto aqueles serviços pertencentes à assistência básica continuam sendo ofertados em cada município, que deviam se preparar para receber o *PAB Ampliado*. Com isso, pôde ser desenvolvida uma ação estratégica no que diz respeito à política de prevenção, como aquelas destinadas ao combate da tuberculose, hanseníase, hipertensão arterial, diabetes, entre outras.

A NOAS 01/2002, editada em fevereiro de 2002, seguiu o mesmo norte preconizado pela NOAS 01/2001 e, amadurecida pelos problemas enfrentados, procurou oferecer alternativas para a superação dos impasses surgidos na implementação da NOAS 01/2001. A nova norma operacional caracteriza-se pela ênfase à municipalização da atenção básica, à regionalização do atendimento e à hierarquização da gestão, sob a inspiração de alcançar maior equidade.

O financiamento dos serviços divide-se em forma tríplice, suportado pelos três entes componentes da Federação. Há uma variação de acordo com a complexidade do atendimento prestado, sendo que aqueles menos complexos e com necessidade de maior universalização concentram-se nos municípios, havendo sucessiva regionalização consoante o incremento da complexidade do tratamento, até que seja centralizado no Estado e na União o atendimento de alto custo e de alta complexidade.

É importante ressaltar que o princípio da universalização é mitigado nos serviços de média complexidade, de vez que se concentram em pólos regionais. No entanto, a regionalização garante a integralidade no atendimento, viabilizando economicamente a prestação do serviço, sem prejuízo ao usuário. A transferência de verbas entre os entes federados é instruída pelo critério da qualidade do serviço e da quantidade populacional, pois considera a complexi-

dade do tratamento prestado e o número de habitantes no local, fixando-se um determinado valor *per capita* a que cada ente federado tem direito (art. 35 da Lei nº 8.080, de 19.09.1990 e art. 3º da Lei nº 8.142/90).

Fica delineada, assim, uma primeira idéia acerca do que compreende o SUS. Para seu melhor delineamento, a própria Lei nº 8.080/90 define o que se entende por SUS:

---

Art. 4º – O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

---

A isso se pode acrescentar a possibilidade de participação da iniciativa privada, conforme se extrai do citado art. 4º da Lei nº 8.080/90, em seu § 2º, bem como do art. 199, § 1º, da CF/88.

O SUS, então, pode ser entendido como um sistema composto por um conjunto de unidades que realizam ações e prestam serviços relacionando-se entre si, sempre sob a inspiração do fim maior de realizar a saúde, exigindo-se, para tanto, que detenham comandos espalhados, mas atentos a uma orientação comum que garanta a coesão das unidades componentes.

Disso tudo se retira a existência de uma gama complexa de relações que clamam ora por uma descentralização ora por uma única direção a garantir a unidade sistêmica. Some-se a isso a gerência de recursos públicos, não raro vultosos e que às vezes nem ficam sob a égide dos estabelecimentos submetidos à administração do SUS, porquanto o particular também pode prestar o serviço de saúde, onde o SUS não o oferece diretamente, recebendo por essa atividade, devidamente contratada pelo gestor do SUS, pertencente à respectiva esfera de complexidade, por meio das regras que regem o Direito Público. Essas intrincadas relações, que envolvem dinheiro público, exigem redobrado cuidado fiscalizatório. Não só por causa da natureza do recurso pecuniário em jogo, mas porque a malversação, além de depauperar o erário, tem significativa consequência nefasta, na medida em que priva de atendimento determinado setor necessitado. É premente, então, o controle e fiscalização do emprego dessas verbas.

### **3 CONTROLE DE GESTÃO**

### 3.1 Controle Social

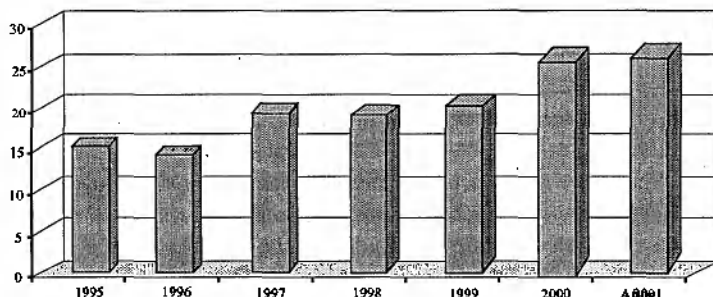
Apenas para que se possa reforçar a idéia da necessidade de promover uma atividade fiscalizatória do SUS, menciona-se a evolução da quantidade de recursos geridos em nível federal, sendo que no ano de 2001 atingiu-se montante da ordem de vinte e seis bilhões de reais.

*Anuário Estatístico de Saúde do Brasil 2001*

#### RECURSOS FINANCEIROS

**Gráfico 1**  
**Execução Orçamentária do Ministério da Saúde (1)**  
**Brasil**  
**1995-01**

Em bilhões de reais correntes



Fonte: Ministério da Saúde/Secretaria Executiva/Subsecretaria de Planejamento e Orçamento - SPO/Fundo Nacional de Saúde - FNS. Sistema Integrado de Dados Orçamentários - Sidor. Sistema de Administração Financeira - Siaf Produção e Gerencial.

(1) Inclui Administração Direta e Indireta.

As cifras são consideráveis, mesmo em se tratando de administração municipal (BRASIL, MS, 2003):

| Competência  | Assistência Hospitalar e Ambulatorial (MAC) | Atenção Básica        | Ações Estratégicas   | TOTAL                   |
|--------------|---------------------------------------------|-----------------------|----------------------|-------------------------|
| 1998         | 116.457.053,54                              | 22.239.306,95         | 0,00                 | 138.696.360,49          |
| 1999         | 223.084.729,78                              | 26.327.881,82         | 0,00                 | 249.412.611,60          |
| 2000         | 210.348.059,37                              | 33.088.948,48         | 0,00                 | 243.437.007,85          |
| 2001         | 226.734.446,68                              | 40.335.471,66         | 7.039.137,74         | 274.109.056,08          |
| 2002         | 236.541.379,56                              | 56.213.976,72         | 28.243.694,76        | 320.999.051,04          |
| 2003         | 37.525.181,12                               | 10.477.434,60         | 2.279.839,35         | 50.282.455,07           |
| <b>TOTAL</b> | <b>1.050.690.850,05</b>                     | <b>188.683.020,23</b> | <b>37.562.671,85</b> | <b>1.276.936.542,13</b> |

O SUS tem como característica o implemento de um modelo de proteção social na realização dos serviços e ações de saúde, o que não deixa de ser fruto, também, de uma aspiração de participação democrática no processo de eleição de prioridades e de tomada de decisão nas questões atinentes à saúde. Dessa forma, existe uma orientação de se privilegiar a participação popular direta, consolidada pelo chamado *controle social*, exercido fundamentalmente pelos Conselhos de Saúde e pelas Conferências de Saúde, instituídas respectivamente em cada esfera da Federação e regulamentadas pela Lei nº 8.142/90.

A Conferência de Saúde, que ocorre a cada quatro anos, tem como missão avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis de gestão correspondentes. A Conferência é composta dos vários segmentos sociais.

Os Conselhos de Saúde são a expressão da participação popular na administração dos serviços de saúde. Essa participação veio sendo articulada, paulatinamente, como forma de democratização da organização e fiscalização do sistema de saúde pública. Dessa forma são instituídos conselhos nos três níveis da Federação, com uma composição heterogênea que abrange agentes do governo, prestadores de serviços (iniciativa privada), profissionais de saúde e usuários. A composição privilegia a participação popular, já que metade das vagas de conselheiros são ocupadas por representantes dos usuários. Vinte e cinco por cento das vagas são ocupadas por representantes das entidades de profissionais da área de saúde, relevando-se que a vaga pertence à entidade e não à pessoa do conselheiro. Os restantes vinte e cinco por cento são divididos por representantes do governo e dos prestadores de serviços. Os respectivos regimentos internos devem estabelecer a forma de composição (BALSEMÃO, 2002, p. 183).

A existência dos conselhos foi fomentada pela exigência de sua constituição para o repasse de verbas de um ente federado para outro. A função deliberativa dos conselhos encontra expressão na organização de normas de funcionamento, como a elaboração de seu regimento interno e composição do orçamento. A função fiscalizatória corresponde ao controle dos recursos dos fundos de saúde e análise de relatórios de gestão, inclusive sob os aspectos econômicos e financeiros, podendo utilizar-se o Conselho de Saúde de profissionais especializados para subsidiar suas decisões. Pode-se dizer que, de uma forma geral, a missão dos conselhos é a de deliberar e fiscalizar as atividades do SUS, ressaltando-se a necessidade de existência de conta única e exclusiva para os recursos do SUS, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.080/90: "Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde."

As decisões tomadas pelos conselhos sujeitam-se à homologação do respectivo chefe do executivo da unidade da Federação (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90), o que de certa forma retira o poder coercitivo que essas decisões poderiam ter, quando o destinatário da decisão for exatamente o ente federativo fiscalizado. Assim, constatando o conselho irregularidade na prestação de contas e decidindo por não aprová-las, tal decisão poderá não ser homologada pelo chefe de governo, permanecendo desprovida de cumprimento a deliberação alcançada. Nesse aspecto assume fundamental importância a interligação dos conselhos com o Ministério Público, órgão agente dotado legalmente de instrumentos viabilizadores de correção das irregularidades eventualmente apontadas pelos Conselhos de Saúde.

O controle social é a lídima forma de manifestação e participação popular nos problemas do SUS e extrapola a questão meramente orçamentária, financeira ou econômica, para também se imiscuir em situações outras ligadas diretamente às políticas de saúde a serem implementadas.

Saliente-se que, no que tange à fiscalização, justamente devido a sua composição popular, muitas vezes a compreensão do conteúdo das prestações de contas e dos relatórios financeiros de gestão constitui tarefa hercúlea, senão inalcançável, comprometendo a efetividade fiscalizadora. De qualquer sorte, não se pode retirar essa atribuição dos conselhos, mas por outro lado é de se proporcionar a eles a necessária assessoria técnica, que poderia ser dos próprios servidores dos entes federados, já que os conselhos se estruturam administrativamente sob os auspícios dos entes federados perante os quais atuam, de modo a que encontrem os senhores conselheiros subsídios técnicos em suas manifestações.

Nessa perspectiva, cumpre não se olvidar da competência fiscalizadora exercida pelos Tribunais de Contas. Acontece que, muito embora a gestão dos recursos da saúde devam estar jungidas a uma conta única, ao fundo de saúde, administrado de forma independente dos demais recursos do ente federado, é de se ver que persiste a natureza de erário, legitimando também essa atividade fiscalizadora das Cortes de Contas. É de se notar que o julgamento perpetrado pelos Tribunais de Contas, no sentido de não se aprovar as contas de determinado ente da Federação, é tido como técnico, mas sujeito o parecer prévio à aprovação do correspondente Poder Legislativo, que realiza o legítimo julgamento político das contas. Nada obstante essa aprovação das contas pelo Poder Legislativo, não há o que impeça a busca, com fundamento no parecer prévio (peça técnica) da solução da irregularidade ou a preservação da coisa pública. A essa altura, qualquer do povo pode e o Ministério Público tem a missão constitucional de tomar as providências cabíveis para a preservação do patrimônio público (art. 129, III, da CF/88).

Muito embora o Ministério Público tenha um papel ativo peculiar, pode-se dizer que ele, os Conselhos de Saúde e os Tribunais de Contas constituem verdadeiros agentes de *controle externo do SUS*.

### 3.2 CONTROLE INTERNO

O controle do SUS é exercido por meio do controle externo, que abrange o controle social efetivado pelos Conselhos de Saúde, bem como o controle econômico-financeiro desempenhado pelo Tribunal de Contas e Poder Legislativo e, numa última esfera, o controle realizado pelo Ministério Público que, embora tenha uma função muito mais de agente provocador de mudanças, dispõe de arsenal legal para tanto e pode realizar atividade investigatória destinada a apurar eventual prejuízo ao patrimônio público. Mas há também instrumentos de controle previstos pelo próprio SUS, o que se pode denominar de instrumentos de controle interno, desempenhado pelas auditorias do SUS existentes em cada nível de gestão.

Quando se fala em controle, tem-se uma dupla significação, uma sob o prisma da administração, outra sob o ângulo jurídico:

O controle (às vezes chamado de “monitoramento”) consiste em acompanhar as atividades em andamento, assegurar-se de que elas seguem um determinado plano e identificar e corrigir possíveis problemas durante sua execução. Consiste, basicamente, em comparar o que foi previsto (planejado) com o que está sendo realizado, isto é, verificar se as metas estão sendo atingidas. Avaliação é o exame das atividades já terminadas (ou, pelo menos, bem adiantadas) para verificar se elas atingiram as metas fixadas ou estão se desenvolvendo em condições adequadas. (COUTTOLENC; ZUCCHI, 1998).

Já sob a ótica jurídica: “Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre a sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.” (DI PIETRO, 2003, p. 600-601).

Muito embora o SUS seja um *sistema* e não um organismo próprio da administração pública, é de se ver que está ele atrelado aos princípios que regem a administração pública, até porque a sua gestão é realizada dentro da estrutura administrativa dos entes componentes da Federação, vale dizer: do Município, Estado e União. Por isso se cogita do controle como atividade de

fiscalização da *res publica*, podendo esse controle assumir diversas formas de classificação, dentre elas aquela que se fixa levando em conta a localização do órgão que executa a controladoria, de modo a ser taxado de controle externo aquele executado por organismo estranho à entidade fiscalizada e de controle interno aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada (MEIRELLES, 1991, p. 563-564).

O controle interno do SUS acaba convergindo para uma dupla utilidade. Sob o ponto de vista da Ciência da Administração Pública, permite a correção dos equívocos e adequação da prestação do serviço, produzindo efeitos durante a execução do trabalho. De outro lado, mostra os deslizes e eventuais irregularidades, subsidiando providências administrativas ou judiciais de correção e reparação de danos. De qualquer modo, mostra-se como atividade essencial a nortear o administrador público, que é denominado gestor no âmbito do SUS.

Para viabilizar essa necessidade de controle interno, o art. 16, XIX, da Lei nº 8.080/90 estabelece como obrigação da Direção Nacional do SUS, no Ministério da Saúde, o estabelecimento de um Sistema Nacional de Auditoria – SNA, que deve coordenar e avaliar tecnicamente a execução financeira do SUS no âmbito do território nacional, exercitando uma cooperação interativa com os demais entes políticos.

O SNA deve acompanhar os repasses de verbas para os estados e municípios, de acordo com as programações aprovadas, de modo a diagnosticar o maltrato do dinheiro público e a provocar as consequências legais pertinentes, como estabelece o art. 33, § 4º, da Lei nº 8.080/90. Essa atividade é realizada mediante exames analíticos das operações executadas pelas pessoas físicas ou jurídicas, podendo haver inspeções *in loco* e exames periciais.

O SNA é composto do Departamento Nacional de Auditoria do SUS e do Departamento de Controle e Avaliação de Sistemas. O primeiro atua no sentido de detectar e coibir irregularidades. O segundo, sem prejuízo do controle realizado pelos demais órgãos do Ministério da Saúde, monitora as atividades desempenhadas de modo a implementar seu controle e avaliação administrativas, na busca da excelência do serviço (art. 31 do anexo I do Decreto nº 4.194, de 11.04.2002).

O SNA, por intermédio do Departamento Nacional de Auditoria do SUS, exercendo seu mister de controle, executa-o sob as duas perspectivas mencionadas: administrativa e jurídica, de modo que tem arroladas suas atribuições no art. 11, I a VII, do anexo I do Decreto nº 4.194/92:

---

Art. 11 – Ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS compete:

I – auditar a regularidade dos procedimentos técnico-científicos, contábeis, financeiros e patrimoniais praticados por pessoas físicas e jurídicas no âmbito do SUS;

II – verificar a adequação, a resolutividade e a qualidade dos procedimentos e serviços de saúde disponibilizados à população;

III – estabelecer diretrizes, normas e procedimentos para a sistematização e padronização das ações de auditoria no âmbito do SUS;

IV – promover o desenvolvimento, a interação e a integração das ações e procedimentos de auditoria entre os três níveis de gestão do SUS;

V – promover, em sua área de atuação, cooperação técnica com órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, com vistas à integração das ações dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Auditoria – SNA com os órgãos integrantes dos sistemas de controle interno, externo e social;

VI – emitir parecer conclusivo e relatórios gerenciais para:

a) instruir processos de ressarcimento ao Fundo Nacional de Saúde de valores apurados nas ações de auditoria; e

b) informar à autoridade superior sobre os resultados obtidos por meio das atividades de auditoria desenvolvidas pelos órgãos integrantes do SNA; e

VII – orientar, coordenar e supervisionar técnica e administrativamente a execução das atividades de auditoria realizadas pelas unidades organizacionais de auditoria dos Núcleos Estaduais.

---

No âmbito do Estado de Minas Gerais, construiu-se um sistema de auditoria nos moldes daquele feito em nível federal, denominado de Sistema de Auditoria Assistencial – SAA, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 36.629, de 30/12/1994, e também voltado para a fiscalização do SUS, desta feita, nos limites de atribuição estadual.

O SAA realiza também um duplo papel, de cunho administrativo e de consequências jurídicas. Dessa forma, avalia previamente as ações técnico-operacionais envolvendo pessoas naturais ou jurídicas que se relacionam com o SUS. Faz, ainda, uma análise posterior dos procedimentos e resultados das ações de saúde. Isso, de modo concomitante com os demais órgãos da estrutura do SUS, sem que haja prejuízo das atividades de controle por eles executadas.

Para a consecução de suas atividades, poderá se valer da auditoria estadual pertencente à Secretaria de Saúde, bem como dos órgãos de auditoria dos entes fundacionais relacionados com a saúde.

O SAA, a exemplo de seu similar nacional, tem também um órgão diretivo, denominado Diretoria de Auditoria Assistencial – DAA da Superintendência Operacional de Saúde da Secretaria Estadual da Saúde, e compreende também as unidades regionais respectivas à sua área de atuação. A missão do SAA está disciplinada no art. 4º, I a VII, do Decreto Estadual nº 36.629/94:

---

Art. 4º – Ao Sistema de Auditoria Assistencial – SAA compete:

I – avaliar, acompanhar e auditar os Sistemas Municipais de Saúde;

II – acompanhar o desenvolvimento das ações e serviços colocados à disposição da população, por intermédio de entidades públicas ou privadas, integrantes ou participantes do SUS/MG;

III – avaliar os resultados obtidos em ações e serviços do SUS, relativamente aos objetivos predeterminados pela gestão do Sistema;

IV – exercer o controle preventivo e corretivo sobre a legalidade e propriedade dos gastos e atividades, no âmbito do SUS/MG;

V – informar à Administração sobre irregularidades detectadas em averiguações e propor a adoção de medidas cabíveis, em conformidade com as normas próprias;

VI – criar condições para assegurar a eficácia dos controles interno e externo e a regularidade do funcionamento do SUS;

VII – promover a integração com os órgãos ou sistemas de controle e fiscalização das demais esferas de governo no sentido de manter uma atuação sinérgica em busca do desenvolvimento do SUS;

Parágrafo único – a atuação do SAA/SES não elide as competências dos órgãos de controle interno e externo dos diferentes níveis de governo, respeitada a autonomia inerente a cada um deles.

---

O que chama a atenção é que a gerência de recursos dos SUS não só pode envolver as irregularidades de natureza formal que comprometam o bom funcionamento do sistema e que sejam passíveis de solução do ponto de vista

administrativo mas também pode acontecer que algumas ações irregulares transbordem os limites administrativos para produzirem consequências de ordem jurídica, quando reclamam a tutela do patrimônio público, por meio do combate à improbidade.

Nesse aspecto a atuação do controle interno pode produzir o mesmo resultado daquele exercido pelo controle externo, de vez que a percepção do ato ímprobo fica sob a égide de todos aqueles instrumentos de controle. Existe um verdadeiro sistema de filtros, de modo que o ato atentatório ao erário fica sujeito a uma múltipla avaliação. De se notar que a improbidade que aqui se menciona pode também produzir resultados em outra esfera do Direito que não a do Direito administrativo, mais precisamente no âmbito criminal. Se a conduta que se percebe revestida de improbidade corresponder a um tipo penal apropriado, como o peculato (art. 312 do Código Penal – CP), quando houver o desvio de dinheiro do SUS para proveito particular, há de incidir a lei penal independentemente das repercussões administrativas e a necessária reparação do valor desviado.

Os sistemas de auditoria, então, assumem um novo papel, equiparando-se aos órgãos de controle social destinados à apuração e investigação criminal. Na verdade, tornam-se verdadeiros agentes de polícia investigativa, já que o fruto dos trabalhos de controle pode repercutir em condenação criminal. Merece realce o fato de se estar lidando com atos extremamente complexos, envolvendo não só aspectos técnicos de contabilidade mas também os que envolvem questões sensíveis de saúde, o que torna a aferição de ato irregular ou ilegal de difícil percepção para um agente que não esteja devidamente treinado e afeto a esse tipo especial de relação. Note-se, também, que é o auditor que primeiro toma contato com a notícia de possível irregularidade e que corresponde a um possível crime, cabendo a ele detonar o procedimento investigatório. Essa é uma repercussão da atividade de auditoria ou de controle interno que não tem merecido a devida atenção e que pode ter um alcance até então não imaginado.

#### **4 DUPLA COBRANÇA**

A possível prática de ilícitos não se restringe à fraude, ao desvio, a ameaças para garantir a impunidade praticada por agente ligado à administração do SUS. Com efeito, imagina-se, no âmbito criminal, que as condutas ilícitas deveriam ser praticadas por agentes que se assemelham a funcionário público e que deveriam ter relação com a gestão do dinheiro público.

Todavia, tem-se notícia de uma prática que não corresponde somente à participação daqueles que de alguma forma têm poder de gestão sobre os

recursos do SUS. Há uma conduta que se tornou comum nessa seara e diz respeito à ação praticada pelo agente que se vale do estado débil do paciente que se socorre de médico e, aproveitando-se da fragilidade daquele que tem a saúde abalada, exige quantia em dinheiro para iniciar o tratamento adequado, sendo que simultaneamente informa ao SUS a realização dos procedimentos necessários, também recebendo por eles. Quanto a essa conduta nuclear há variações, passando pela exigência de subscrição de notas promissórias, cheques-caução, recebimento de honorários por fora, pagamento de aluguel de equipamentos e gastos com medicamentos por conta do paciente, entre outras que a imaginação humana insiste em produzir. Há, então, o que vulgarmente se denominou de dupla cobrança, visto que pelo mesmo procedimento médico, que pode ser uma internação, uma cirurgia, um parto, recebe o médico a contra-prestação pecuniária do particular e do SUS. Tal conduta corresponde à incriminação penal do art. 316 do CP:

---

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

---

A conduta descrita é uma variação do crime de extorsão, previsto no Código Penal e ambos são tipos derivados do constrangimento ilegal, diferenciando-se em função da especialidade da conduta descrita:

---

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

---

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Todavia, dele se diferencia, porque o agente que solicita a vantagem econômica, normalmente um profissional da saúde (médico), realiza a ação incriminada como médico do SUS ou pelo menos na condição de credenciado pelo sistema, de modo que a publicidade que caracteriza o atendimento pelo SUS guinda o particular à condição de funcionário público, nos termos do art. 327, do CP:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Nesse sentido, também a lição de Prado (2001, v. 4, p. 405) quando cuida da relação do delito de concussão com outros crimes, diferenciando-o: “Também aproxima a concussão, em alguns aspectos, da extorsão, ressaltando-se, porém, que, na primeira, a ameaça exercida gravita em torno da função pública e as represálias infligidas a ela se referem.”

De se considerar que o crime de extorsão pressupõe a existência de *violência ou grave ameaça*, enquanto que para o crime de concussão basta que haja a *exigência*, ou seja, o estabelecimento de uma condição a ser satisfeita para a atuação do agente. Portanto, há um melhor encaixe do molde típico da *dupla cobrança* no que diz respeito ao crime do art. 316 do CP (*exclusivität der typen*). Confira-se o seguinte excerto jurisprudencial:

**HABEAS CORPUS – CONCUSSÃO DE MÉDICO CONVENIADO AO SUS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – PRECEDENTES.**

1. Havendo interesse particular de médico em obter vantagem indevida (cobrança por tratamento já pago pelo SUS) sobre paciente conveniado pelo Sistema Único de Saúde (crime de concussão), a competência é da Justiça Comum Estadual (CC 29.304/RS, in DJ 12/3/2001).

2. Ordem denegada. (BRASIL, 2001).

Houve alguma discussão no meio jurídico quanto à competência para o julgamento de fatos semelhantes, porquanto se tinha que havia prejuízo ao

erário, muita vez, aquele administrado pela União Federal, pois cogitava-se que o agente já havia recebido do particular e recebendo, novamente, pelo mesmo serviço, desta vez do ente público, causava prejuízo a interesse da União, autorizando o julgamento perante a Justiça Federal, em virtude da origem do recurso, nos termos do art. 109, IV, da CF/88.

---

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

---

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

---

O raciocínio que sustentava caber à Justiça Federal cuidar do julgamento de feitos semelhantes fincava-se no fato de que o art. 33, da Lei nº 8.080/90 veicula comando no sentido de que as verbas, objeto de repasse da União para os Estados e Município, devem ser depositadas em conta especial, não pondo termo à responsabilidade da União, de vez que submete ao SNA a necessidade de controle desses valores, como se extrai do art. 6º, I, “a” e “b”, do Decreto nº 1.651, de 28.09.95:

---

Art. 6º A comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios far-se-á:

I – para o Ministério da Saúde, mediante:

a) prestação de contas e relatório de gestão, se vinculados a convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, celebrados para a execução de programas e projetos específicos;

b) relatório de gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, se repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais de saúde;

---

Ora, se o Ministério da Saúde carece de comprovação da regularidade do emprego de verbas que se originaram na esfera federal e foram transferidas para os estados e municípios, é porque há interesse da União na regularidade do emprego dos recursos, interesse hábil a atrair para a competência da Justiça

Federal o julgamento das condutas mencionadas. Houve até orientação do Superior Tribunal de Justiça – nesse sentido:

**CC – ESTELIONATO – CONSULTAS E INTERNAÇÕES EM DUPLICIDADE – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL E SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE).**

– Havendo a Lei 8.080/1990 (art. 33, *caput* e § 4º) determinado que os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) repassados aos estados e municípios serão fiscalizados pelo Ministério da Saúde, através de seu sistema de auditoria, a malversação de tais recursos por crime de estelionato, constitui ofensa a interesses da União, deslocando a competência para apreciação do delito, para a Justiça Federal.

– Conflito conhecido – competência da Justiça Federal, suscitante. (BRASIL, 1997).

Aliás, a discussão não se mostrava realmente de simples solução, graças à dificuldade de se fixar a natureza federal, estadual ou municipal do recurso objeto do ilícito, em função de sua origem. É que o estado e o município gerenciam não só recursos próprios que compõem o SUS mas também o citado numerário repassado pela União, surgindo a dificuldade de se estabelecer qual a natureza do recurso que foi alvo do ilícito, em função de sua origem, pois o dinheiro é daqueles bens suscetíveis de fungibilidade. E ainda que se identificasse a origem do valor objeto de prejuízo, outra discussão se instalaria: a atinente à identificação da existência de prejuízo da União, ou para os demais entes federados, responsáveis pela gestão. Parece não haver resposta a essas indagações. Todavia, uma análise mais acurada do problema permitirá afastar a discussão e dispensar a busca da identificação da origem do recurso.

Partindo-se dos princípios que regem o SUS, principalmente da perspectiva de sua universalidade, pode-se retirar a ilação de que o médico, ao efetuar o procedimento necessário, adquire o direito de receber do SUS pelo emprego de seus serviços e insumos despendidos. Desse modo, não haveria ilegalidade na cobrança e no pagamento. De outro lado, vê-se que o particular é que não detém a obrigação de efetuar pagamento por serviço que o Estado lhe garante, por meio do SUS. Então, na verdade, não há prejuízo ao patrimônio público e sim ao patrimônio privado daquele que se submete a tratamento médico. Assim sendo, afasta-se o interesse da União quanto à questão exposta, ficando sob a competência residual da Justiça comum estadual o julgamento do crime existente.

É o que tem predominado na jurisprudência mais recente:

1. Crime, em tese, de concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.
2. Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento. (BRASIL, 1999).<sup>1</sup>

Esse raciocínio pode conduzir a uma dúvida quanto à própria tipicidade da conduta. É que, como asseverado, as práticas narradas amoldam-se ao delito de concussão (art. 316 do CP). Entretanto, esse crime se insere no capítulo dos delitos praticados por funcionário público contra a administração em geral e tem como bem jurídico protegido a administração. Portanto, se não há interesse da União em jogo, porque a lesão não incidiu sobre patrimônio público, mas sim sobre patrimônio privado, então também não há interesse dos demais entes federados, logo não se poderia falar de configuração de concussão, mas de outro crime contra o patrimônio particular.

A assertiva tem lógica e impressiona à primeira vista. O argumento tem lastro em uma interpretação sistemática dos dispositivos penais, bem como assentada na identificação do bem jurídico tutelado em obediência ao princípio da ofensividade, necessário à aferição da tipicidade penal. Nada obstante, não tem o condão de afastar a tipicidade da concussão. Acontece que o delito sob comento tem realmente como sujeito passivo o estado, ao qual pertence a administração pública lesada (União, Estado ou Município). Contudo, a proteção do bem jurídico relaciona-se à tutela da probidade que deve informar os atos administrativos, portanto relaciona-se à preservação da moralidade administrativa, independentemente de existir efetivo prejuízo econômico envolvido.

Noutro enfoque, é sujeito passivo secundário do delito o particular que teve vulnerado o seu patrimônio, de modo que se tutela a um só tempo não só a administração pública, mas também o patrimônio particular. A ação é praticada por causa de um serviço público, por agente relacionado a esse serviço, sendo despiendo que afete bens jurídicos da administração pública, para se considerar presente a necessidade de preservação da moralidade dos atos administrativos, por isso não se afasta a tipicidade da concussão:

<sup>1</sup> Confira-se, ainda, no mesmo sentido outros julgados do STJ: CC nº 35513 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 10.03.2003, p. 85; CC nº 36520 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 24.04.2003, p. 182; CC nº 33023 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 23.09.2002, p. 221; CC nº 31167 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 29.04.2002, p. 159.

Objeto da tutela jurídica é a administração pública no particular aspecto da probidade e da eficiência de funcionários públicos. De forma secundária protege-se também o patrimônio dos cidadãos contra a extorsão praticada por aqueles que agem em nome do poder público, valendo-se da função que desempenham como meio de coação. (FRAGOSO, 1981, p. 414).<sup>2</sup>

No mesmo diapasão, considerável parcela da jurisprudência:

**CRIME DE CONCUSSÃO** – Amolda-se ao tipo descrito no art. 316 do Código Penal a conduta do médico que exige pagamento extra (vantagem indevida) de paciente que teve sua cirurgia realizada sob os auspícios do Sistema Único de Saúde – SUS. Recurso a que se nega provimento (MINAS GERAIS, 2001).

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CONCUSSÃO – DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA MÉDICOS PROPRIETÁRIOS E GERENTES DE HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO COM O SUS – EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES – REJEIÇÃO, POR CONSIDERAR-SE QUE ESSAS PESSOAS NÃO EXERCEM FUNÇÃO PÚBLICA – RECURSO PROVIDO PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA** Os médicos proprietários e gerentes de hospitais particulares conveniados com o Sistema Único de Saúde exercem função pública delegada para os efeitos penais, face o contido no art. 327 do Código Penal. Se em razão dessa atividade exigem pagamento de serviços médico-hospitalares de pacientes, cometem, em tese, o crime de concussão. (PARANÁ, 1999).

Fixadas essas balizas, aparece a necessidade de se discutir apuração criminal da dupla cobrança por parte dos sistemas de auditoria e a atuação do Ministério Público.

## **5 AUDITORIAS E MINISTÉRIO PÚBLICO**

Como já referido, a atividade de auditoria pode assumir contornos

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido, Prado (2001, v. 4, p. 397); Mirabete (2003, p. 318) e Delmanto (2002, p. 629).

não concebidos pela concepção simples de controle do SUS, de vez que na tarefa de auditoria normalmente se tem contato com a *notícia criminis*, cabendo a essa atividade, inicialmente de cunho meramente fiscalizador, desvendar e deflagrar a atividade estatal no combate a esse tipo especial de crime.

Especificamente no caso da dupla cobrança, sabe-se da existência de uma prática de fiscalização por amostragem, na qual as auditorias fazem contato com o paciente do SUS, indagando-lhe sobre o atendimento prestado. É uma atividade curial e que envolve o aferimento da qualidade do serviço prestado. No entanto, cotejando-se os documentos fornecidos pelos estabelecimentos hospitalares públicos ou privados, pode-se deparar a fiscalização com a constatação de que aquela pessoa contatada se submeteu a procedimento médico diverso, sequer se submeteu a procedimento médico ou, ainda, receber a notícia de que o paciente pagou ao médico, diretamente, pela intervenção efetuada. Todas essas modalidades cuidam de situação ilícita, hábil a provocar a atuação das instâncias competentes, notadamente a criminal.

A esse mesmo resultado pode chegar a auditoria por meio de suas normais atividades de fiscalização documental, utilizando-se das *críticas* realizadas pelo sistema de auditoria, quando se constata alguma incompatibilidade entre o relato contido nos documentos e a descrição dos procedimentos e insumos gastos, a solicitação de pagamento ou a própria formalização desses pedidos. Essas críticas constituem uma parte burocrática do controle e, com frequência, são executadas com o auxílio da informática, que às vezes gera algum transtorno, por barrar pagamentos referentes a material ou procedimentos que a necessidade médica do caso em particular exigiu. É o preço da impessoalidade da tecnologia que comporta a remediação da supervisão humana.

Os agentes que normalmente praticam esse tipo de delito diferenciam-se daqueles praticados por delinquentes normais, pois o crime que se relaciona com o SUS tem conteúdo econômico, cuja principal característica é ser praticado por sujeitos ativos pertencentes a um extrato social privilegiado, que teve acesso à cultura e à educação, de modo a contribuir para que se elabore a conduta criminosa, tornando-a complexa e de difícil apuração, bem como podendo-se utilizar esse agente de poder político para acobertar as práticas ilícitas. Portanto, cuida-se de prática delituosa para a qual os agentes tradicionais de controle social, vale dizer: Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, não estão preparados para enfrentar.

Em outra ponta, a vítima, paciente que se submeteu a tratamento e que normalmente deixa de relatar a ocorrência de ilícito, contribui para o crescimento da chamada *cifra negra*, correspondente às ocorrências criminais que não chegam ao conhecimento dos órgãos de controle social. Essa passividade

da vítima encontra justificação em diversos fatores, entre eles no seu desconhecimento, ignorância mesmo dos direitos resultantes da condição de cidadão; no fato de que a vítima está fragilizada do ponto de vista psicológico com a doença, pois o paciente procura esquecer a lembrança do que ela traz, como forma de afastar a memória do sofrimento sentido; por esse mesmo motivo, pode ser que exista certo sentimento de gratidão para com o médico, de modo a desestimular o paciente de procurar, de per si, o aparato estatal.

Disso se retira a importância da atividade fiscalizatória no sentido de combater a *cifra negra* quanto aos fatos ilícitos relatados, contribuindo diretamente para uma diminuição da impunidade e um aperfeiçoamento do sistema, otimizando a administração do SUS na medida em que recursos despendidos ilegalmente podem efetivamente ser revertidos para os fins próprios do atendimento à saúde, bem como a necessidade de não permanecerem em apenas sob o âmbito da fiscalização administrativa esses fatos que podem constituir crime.

Como regra, a esfera penal somente é acionada quando a notícia de crime chega a um dos órgãos de controle social. Todavia, no âmbito administrativo pode ser que se instaure o competente procedimento investigatório, revolvendo-se fatos e direito, mas sem se atentar para as repercussões criminais que a questão pode ter. Realmente, o juízo de valor feito pelos técnicos em sua atividade fiscalizatória realça a questão administrativa, descurando das eventuais repercussões que o fato pode ter em outras esferas do Direito.

Dentro da seara administrativa é normal a instauração de procedimento administrativo investigatório de possível irregularidade no SUS. Entretanto, em se tratando de dupla cobrança, é curial esses procedimentos serem arquivados sem que haja a manifestação de quem de direito sobre a efetiva existência de conduta criminal.

Ocorrência freqüente é o fato de se apurar notícia de *dupla cobrança* que, pelas peculiaridades do fato, culmina por estabelecer o conflito entre a palavra do sujeito ativo e do sujeito passivo. É que fatos como esse não ocorrem aos olhos do mundo. A cobrança ilegal é furtiva, feita entre quatro paredes e às vezes próxima ao leito de um moribundo. Então o auditor do SUS, cujos conhecimentos técnicos às vezes não abrangem a valoração sobre critérios de prova para fins penais, confronta-se com a versão do profissional da saúde, que nega a ilegal cobrança, e com a versão da vítima, que afirma a solicitação de pagamento irregular. A irregularidade, quando muito, escora-se em depoimentos, normalmente de parentes. À míngua de uma prova pericial ou documental, corre-se o risco da fiscalização optar pelo benefício da dúvida, em prol do investigado, concluindo prematuramente pelo encaminhamento da investigação ao arquivo.

Não se trata de discutir a hierarquia das provas e a valoração cultural do auditor sobre os personagens envolvidos no fato, mas de se fixar a ilegitimidade do auditor para promover o arquivamento de notícia criminal, ainda que correto em seu juízo de valor sobre a questão.

De fato, o art. 129, I da CF/88 alçou o Ministério Público à condição de titular da ação penal pública, o que importa dizer que somente o Ministério Público pode promover a persecução criminal dos crimes que não dependem da iniciativa da vítima para tanto, como é o caso da concussão (art. 316 do Código Penal), delito correspondente à dupla cobrança, aqui mencionada:

---

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

---

Decorrente desse postulado, outro que corresponde ao brocardo latino que diz ser o Ministério Público detentor da opinião sobre o delito: *opinio delicti*. Isso quer dizer que o Estado delegou ao Ministério Público a grave missão de exarar juízo de valor sobre as condutas, promovendo a sua adequação aos tipos penais respectivos, ou seja, cabe exclusivamente ao Ministério Público considerar ou não qualquer conduta crime e iniciar a necessária ação penal.

O Ministério Público é o titular do direito de ação nos processos em que a *res in judicium deducta* versa sobre crimes de ação pública. Cumpre-lhe, assim, provocar a atividade jurisdicional, para que seja apreciada e decidida uma pretensão punitiva devidamente deduzida na acusação que é objeto de denúncia. Segundo bem esclarece Pontes de Miranda, o Ministério Público 'promove, pede, impetra, litiga'. (MARQUES, 1997, v. 2, p. 50).

É verdade que esse conceito sobre o fato, qualificando-o como delito, é um conceito provisório, pendente de confirmação durante a instrução judicial e na sentença final. Essa confirmação é corolário do exercício do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente consagrados e sem os quais não se legitima uma sanção penal. As garantias processuais assinaladas não se contrapõem ao exercício da ação penal, porque

essa tem como consequência o simples fato de sujeitar o indivíduo a responder processo criminal, sem prejuízo para seu direito de liberdade. Assim, fato é que cabe exclusivamente ao Ministério Público decidir, após a fase investigatória, se existem indícios suficientes de autoria e materialidade de delito, no sentido de justificar a sujeição do agente a processo criminal. Não pode o órgão de controle administrativo do SUS podar o exercício dessas funções, mesmo que conclua pelo arquivamento na esfera administrativa.<sup>3</sup> Se, ainda que em tese, a conduta investigada puder corresponder a ilícito penal, há de existir informação do acontecido ao Ministério Público, para que ele delibere sobre a repercussão do fato na seara criminal, sob pena de se negar resposta estatal a fato que teve repercussão em mais de uma esfera do Direito, subtraindo-se do Ministério Público o poder-dever de exercer seu mister.

Não parece que a orientação predominante seja a de dar conhecimento ao Ministério Público, ao contrário, a inexistência de norma legal determinando a ciência do Ministério Público tem impedido que providências outras sejam tomadas fora da esfera administrativa, justificando-se a inércia ministerial pelo desconhecimento da existência do fato, o que há de ser mudado pela conscientização dos serviços de auditoria, pela maior proximidade que deve existir entre o controle interno do SUS e o Ministério Público e, talvez, uma providência de *lege ferenda*, no sentido de se instituir obrigação legal a comunicação de instauração de processo administrativo sobre fato criminal no âmbito do SUS.

## 6 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, podemos salientar, sucintamente, que o SUS, então, pode ser entendido como um sistema composto por um conjunto de unidades que realizam ações e prestam serviços relacionando-se entre si, sempre sob a inspiração do fim maior de realizar a saúde, exigindo-se, para tanto, que detenham comandos espraiados e atentos a uma orientação comum que garanta a coesão das unidades componentes.

O envolvimento das diversas esferas da Federação na administração dos serviços de saúde, bem como na gestão dos recursos financeiros necessários, contando-se, ainda, com a eventual participação suplementar do particular,

---

<sup>3</sup> De fato pode acontecer, como é o caso, de um mesmo fato produzir efeitos em duas ou mais ordens do Direito, a que se dá o nome de *múltipla incidência*. Não de existir consequências jurídicas acordes com a esfera do Direito que foi tangenciada pelo ilícito. Essas consequências são dotadas de certa independência, visto que em nosso sistema jurídico vigora o princípio da separação das jurisdições, com a possibilidade excepcional de cumulação dessas, ou seja, de julgamento e produção de todos os efeitos decorrentes do fato na jurisdição penal, mas apenas no que toca ao direito de reparação da vítima, oriundo do dano civil ou administrativo que emerge do crime (FELIPETO, 2001, p. 37-48).

denota a complexidade que envolve a atividade do SUS e torna premente um trabalho de controle e fiscalização.

Os Conselhos de Saúde são a expressão da participação popular na administração dos serviços de saúde, uma expressão da democratização da administração da saúde pública. Pode-se dizer que, de uma forma geral, a missão dos conselhos é a de deliberar e fiscalizar as atividades do SUS, exercendo o denominado *controle social*.

Os Conselhos de Saúde, o Tribunal de Contas e, eventualmente, o Ministério Público exercem o controle externo do SUS. Os conselhos têm o papel de apreciar os relatórios de gestão financeira, sem prejuízo de perquirirem por alguma irregularidade pontual. Os Tribunais de Contas têm a missão de fiscalizar os gastos públicos e os recursos do SUS geridos e gerados pelos entes da administração pública que, portanto, constituem recurso público sujeito à apreciação das Cortes de Contas. E, por último, o Ministério Público que, diante de notícia de mau trato da coisa pública ou vulneração dos princípios reitores da saúde pública, pode instaurar procedimento investigatório e tomar providências cabíveis, judiciais ou não (art. 129, III, da CF/88).

O controle interno do SUS é exercido pelos órgãos componentes dos entes federados, por sistemas de auditorias instituídos também no âmbito desses entes. A missão do controle é de dupla fiscalização, proporcionando uma aferição da efetividade do serviço, de modo a viabilizar ajustes de cunho de gestão e em outra ponta proporciona a percepção de ilícitos que reclamam uma atuação administrativa ou judicial de correção, sob o ponto de vista da coerção penal.

A dupla cobrança é a denominação que se convencionou vulgarmente a empregar para descrever a cobrança *por fora* efetuada por médico ou agente vinculado aos serviços do SUS pela realização de procedimentos médicos ou gastos com insumos usados para o tratamento, percebendo-se a retribuição pecuniária do SUS e também do paciente-usuário, portanto dupla retribuição, em razão do mesmo fato.

A dupla cobrança corresponde ao delito de concussão (art. 316 do CP) e é competente a Justiça comum estadual para seu julgamento, uma vez que o delito em apreço tutela secundariamente o patrimônio particular, lesado por uma cobrança indevida, já que o pagamento por parte do SUS é revestido de legalidade, em face de sua obrigação decorrente do princípio da universalidade. Na concussão protege-se secundariamente o interesse privado que não se desagrega do crime do art. 316 do CP, porquanto subjacente a necessidade de tutela da moralidade administrativa.

Os serviços de auditoria, exercendo o controle interno do SUS, têm fundamental importância na constatação e apuração de ilícitos penais, uma vez

que são os que normalmente primeiro tomam contato com o possível crime.

O Ministério Público é o detentor do monopólio da ação penal e do juízo de valoração sobre a conduta criminosa, para fim de iniciar a ação penal, de modo que as notícias de crime veiculadas na esfera administrativa não podem ser arquivadas sem que haja expressa manifestação do órgão ministerial.

Os órgãos que exercem o controle interno do SUS e o Ministério Público guardam uma certa distância que impede um trabalho harmônico. É medida de urgência trabalhar a sintonia entre todos, com uma aproximação, visando à troca de informações e, até que se estude providência legislativa, no sentido de se obrigar dar conhecimento ao Ministério Público da investigação sobre ilícito que possa ser também criminal, como forma de se reverter o quadro de impunidade reinante no âmbito do SUS.

### **Referências Bibliográficas**

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e rotinas de funcionamento dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde do Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Programa de Apoio ao Fortalecimento de Controle Social no SUS. *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 177-191.

BRASIL. Ministério da Saúde. Transferência de recursos do Ministério da Saúde ao Município de Belo Horizonte. Disponível em: <<http://portalweb02.saude.gov.br/aplicacoes/transferencias/transfer.cfm>>. Acesso em: 21 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 13.325-SP. Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara de São José dos Campos-SJ/SP. Suscitado: Juízo de Direito de Paraibuna-SP. Relator: Cid Flaquer Scartezini. Brasília, 3 de fevereiro de 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 560-562, maio 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 15.427-MG. Impetrante e paciente: Waldir Facure Júnior. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 17 de maio de 2001. *Diário de Justiça da União*, 03 set. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 8.174-RS. Recorrentes: Wilson Aita e outro. Recorrido: Tribunal Regional Federal

da 4ª Região. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, 18 de fevereiro de 1999. *Diário de Justiça da União*, 22 mar. 1999.

CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e sistemas de saúde: fundamentos históricos e conceituais para uma discussão sobre o acompanhamento de direitos na prestação de serviços. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Programa de Apoio ao Fortalecimento do Controle Social no SUS. *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 109-130.

COUOTOLENC, Bernard François; ZUCCHI, Paola. *Saúde e cidadania*. Disponível em: <[http://ids-saude.uol.com.br/SaudeCidadania/ed\\_10/03\\_01\\_02.html](http://ids-saude.uol.com.br/SaudeCidadania/ed_10/03_01_02.html)>. Acesso em: 16 mar. 2003.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial: arts. 213 a 359. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES NETO, Laerte Vieira. *Aspectos penais do Sistema Único de Saúde – SUS*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/12527>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 210675-5 – Comarca de Barbacena. Apelante: Aristides Pinheiro. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais PJ 1 V CR. Relator: Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Belo Horizonte, 19 de abril de 2001. *Minas Gerais: Órgão do Poder*

res do Estado de Minas Gerais, 4 maio 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Recurso em sentido restrito nº 79.388-6. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Dietrich Rupprecht Seyboth e outro. Relator: Des. Carlos Hoffman. Curitiba, 12 de agosto de 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

# **EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ASSECURATÓRIAS DO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO E AS DISPOSIÇÕES ACERCA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL**

**DANIEL DE SÁ RODRIGUES**

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 Efetividades das normas – 3 Normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa – 3.1 Direito à ampla defesa – 3.2 Presunção de inocência – 3.3 Direito ao silêncio – 3.4 Direito à assistência jurídica – 4 O interrogatório do réu no processo penal – 4.1 Natureza jurídica do interrogatório – 4.2 Forma de realização do interrogatório – 4.3 Assistência jurídica ao acusado e o interrogatório – 4.4 O momento do interrogatório e os ritos processuais penais – 4.4.1 Ritos comuns do Código de Processo Penal – 4.4.2 Crimes de responsabilidade de funcionário público – 4.4.3 Juizado Especial Criminal – 4.4.4 Inovações legislativas – 5 Conclusão

## **1 INTRODUÇÃO**

Com o esforço cada vez maior em busca do aperfeiçoamento da democracia e da preservação dos chamados direitos humanos, cresce na mesma proporção a preocupação com a preservação das garantias dos acusados em processos criminais, ao lado dos direitos dos condenados pela prática de delitos.

A este respeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão já expressamente previa a garantia do direito à ampla defesa, à presunção de inocência e ao silêncio dos acusados em geral (art. XI, nº 1).

Seguindo esse caminho, as constituições e as leis dos Estados Democráticos têm procurado garantir o respeito a tais direitos reconhecidos como fundamentais.

Na esteira desse entendimento, a Constituição Federal do Brasil de 1988, dita *Constituição Cidadã*, inseriu em seu art. 5º, entre os direitos e garantias fundamentais, diversas normas que, expressamente, reconhecem o direito à ampla defesa (inciso LV), à presunção de inocência (inciso LVII), ao silêncio (inciso LXIII) e à assistência jurídica (incisos LXIII e LXXIV).

A par desta enumeração dos direitos fundamentais, o Constituinte de 1988 fez inserir no art. 133 da Carta Magna a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça.

Importa saber, porém, da efetividade dessas normas que se traduzem em garantias constitucionais de aplicabilidade imediata, ou seja, se realmente elas estão sendo observadas nos processos criminais ou se não passam de meros dispositivos de conteúdo ideológico sem maior repercussão na prática forense cotidiana.

No caso específico deste trabalho, pretende-se fazer uma análise de tal situação no tocante ao interrogatório do acusado, abordando-se, entre outros pontos, o momento de realização deste no curso do feito e a oportunidade de entrevistar-se o réu com advogado antes de sua ocorrência.

Tal estudo justifica-se porque não basta, por exemplo, garantir-se ao acusado o direito de silenciar-se em seu interrogatório, é preciso verificar se ele tem efetivamente a condição material de saber quando lhe é benéfico negar-se a responder às indagações do Juiz e quando lhe convém falar, por meio de uma análise dos fatos e das provas já produzidas, inclusive sob uma ótica técnico-jurídica.

De igual forma, não basta presumir o réu inocente se o interrogatório for o momento em que se busca, como que numa cilada, fazer o réu, despreparado, confessar a prática delitiva.

Muito embora, a sociedade, temerosa com o aumento da criminalidade, deseje a punição dos criminosos por meio de repressão cada vez mais severa, é de se ver que o que esta mesma sociedade anseia, no fundo, é a aplicação da Justiça e esta não pode ter-se por plenamente realizada numa luta desigual entre o acusado e o *sistema*, com incontáveis vantagens para este.

Se é certo que aos órgãos que compõem e movimentam a Justiça cabe aplicar a lei ao caso concreto, não se pode aceitar que as normas processuais favoreçam sobremaneira sua atuação em detrimento da liberdade e dos direitos fundamentais do acusado, constitucionalmente garantidos.

## 2 EFETIVIDADE DAS NORMAS

O processo legislativo compõe-se de vários atos que, percorridos a contento, levam à validade da norma e, com o transcurso do período da chamada *vacatio legis*, torna-se esta vigente, podendo, então, produzir seus efeitos.

Há, porém, que se indagar acerca da efetividade das normas, ou seja, da sua real aplicação, dos efeitos verdadeiramente originados dos comandos normativos.

Não se pode confundir vigência e eficácia formais das normas jurídicas com sua efetividade, com a verificação material da geração de seus resultados. Esta depende não só de sua integração ao sistema jurídico-positivo, mas também de fatores metajurídicos, sobretudo aspectos fáticos, que irão determi-

nar se a *mens legis* está sendo realmente alcançada.

A esta segunda face da eficácia de uma norma pode dar-se o nome de eficácia social, ou seja, a verificação no mundo dos fatos não só da possibilidade de produção de resultados por uma norma jurídica, mas também de sua efetiva verificação, extrapolando-se os limites do formalmente ideal para atingir-se o campo do empiricamente observado.

A respeito deste tema, bem se posicionou Barroso (2001, p. 84-85) ao tratar da efetividade das normas constitucionais:

Cabe distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem.

[...]

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo ‘o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.’

É, então, de se diferenciar a eficácia das normas sob seu aspecto formal, que está ligada à idéia de sua validade e vigência, da noção de efetividade da mesma, que se prende à geração dos efeitos por ela pretendidos no mundo dos fatos.

Essa efetividade social das normas há de ser verificada também entre os personagens, órgãos, entidades e Poderes incumbidos de aplicá-las. É preciso averiguar se todas as normas componentes do ordenamento jurídico-positivo estão sendo observadas e aplicadas, principalmente, no tocante às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e as de conteúdo principiológico da Constituição Federal.

Nunca é demais ser dito que, nos exatos termos do disposto no § 1º do art. 5º da Lei Maior, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." A efetividade de tais normas dependerá, então, de sua integração às normas postas, impondo-se, inclusive, se for o caso, uma nova interpretação das mesmas, integrando-se realmente o sistema.

### **3 NORMAS CONSTITUCIONAIS ASSECURATÓRIAS DO DIREITO DE DEFESA**

Dispostos a estabelecerem uma nova ordem social a partir de um texto político abrangente e garantidor das liberdades e dos direitos individuais e sociais, os Constituintes de 1988 fizeram inserir no texto constitucional uma série de normas, algumas delas erigidas à categoria de cláusulas pétreas, definidoras de uma estrutura jurídico-positiva essencialmente democrática.

Nesse campo encontram-se as normas assecuratórias Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I do Título II), Dos Direitos Sociais e Políticos (Capítulos II e IV do Título II), Da Tributação e do Orçamento (Título VI), Da Ordem Econômica e Financeira (Título VII) e Da Ordem Social (Título VIII), entre outras.

Interessam-nos em particular as normas garantidoras do direito à defesa, ao silêncio, à presunção de inocência e à assistência jurídica aos necessitados, insertas nos incisos LV, LVII, LXIII e LXXIV do art. 5º (Capítulo I do Título II), além das normas relativas à indispensabilidade do advogado na administração da justiça (arts. 133 e 134 da CF/88).

Na verdade, todas essas normas, postas separadamente em dispositivos constitucionais, compõem o sistema de garantias defensivas dos acusados em geral, sendo possível, até mesmo, incluí-las, todas, na garantia à ampla defesa, já que a esta se prendem, complementando-a e instrumentalizando-a.

Passemos, apesar disso, a analisá-las, uma a uma, embora sucintamente.

#### **3.1 Direito à ampla defesa**

Segundo dispõe o inciso LV do art. 5º “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Ao lado dos direitos ao devido processo legal, insculpido no inciso LIV, e do acesso ao judiciário, inciso XXXV, o direito à ampla defesa compõe a base do sistema de garantias constitucionais relativas ao processo penal, complementado pelas normas relativas à presunção de inocência e ao direito ao silêncio.

É a ampla defesa, aliada ao contraditório, que possibilita a igualdade dos acusados no processo criminal frente ao aparato estatal-repressor. A inegável supremacia deste sobre o réu nos processos criminais, representada por toda a estrutura pública posta à disposição da repressão criminal, impõe seja assegurada a este último a amplitude da defesa, sob pena de oficializar-se o desequilíbrio entre as partes litigantes.<sup>1</sup>

Onde não há segurança quanto à amplitude de tal direito de defesa, impera a arbitrariedade e, conseqüentemente, a injustiça, o que se verifica nos regimes totalitários, anti-democráticos, em que o Estado *tudo pode* em detrimento do cidadão que *a tudo assiste calado*.

Por fim, Moraes (2001, p. 118), ao tratar do tema, assim definiu a ampla defesa e o contraditório:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

---

<sup>1</sup> É de se pensar, aqui, em aspectos teóricos, partindo-se das normas legais e do idealmente imaginado. Resta evidente que, em alguns casos, em determinados locais não raros, a organização do crime mostra-se infinitamente superior à estrutura de repressão do Estado, que é uma deturpação do sistema que não há de ser levada em conta para a presente análise.

### 3.2 Presunção de inocência

Decorrente do direito à ampla defesa, a presunção de inocência, positivada como garantia no inciso LVII do art. 5º do Texto Constitucional, vem instrumentalizá-lo, uma vez que impede a formação de presunções prejudiciais ao réu e conseqüentes julgamentos fundados nelas, impondo-se o reconhecimento da inocência dos acusados até o final do procedimento apuratório criminal com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Destarte, ainda que haja fortíssimas evidências, não será possível imputar-se ao réu a pecha de culpado antes de decisão final do processo criminal a que é submetido.

Com tal norma evidencia-se que o ônus da prova cabe ao responsável pela acusação, que deverá provar ser o réu culpado e não o réu demonstrar sua inocência, que há de ser presumida até decisão final.

Vale ser dito a esse respeito que a imprensa, apoiada em sua garantia de liberdade e ávida por divulgar fatos que despertem a atenção da população, sistematicamente vem agindo de modo contrário a esta presunção (que não deve haver apenas no campo do procedimento judicial), ao divulgar fatos relativos a crimes, sobretudo desvios de verbas públicas, escândalos pessoais etc. ao indicar alto grau de certeza nas informações, ao transformar pessoas (das mais simples às mais importantes autoridades nacionais), meros investigados, em verdadeiros culpados, sem, nem mesmo, em muitos casos, oportunizar-lhes explicação acerca das notícias veiculadas.

Assevere-se que, divulgadas as notícias, passado o momento de importância das mesmas para a mídia, nacional ou internacional, pouco se importa o jornalista com o desfecho dos processos criminais instaurados (o que, aliás, nem sempre ocorre), restando ao *condenado pela imprensa*, se absolvido pelo órgão próprio e competente para julgá-lo, o Poder Judiciário, recorrer novamente a este para tentar minorar as conseqüências danosas daquela divulgação, mediante direitos de resposta, indenizações etc.<sup>2</sup>

### 3.3 Direito ao silêncio

Completando as normas assecuratórias da amplitude defensiva dos acusados em processos criminais, dispõe o inciso LXIII do art. 5º que “o preso será ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”.

Com tal garantia, completa-se a positivação constitucional do dispos-

---

<sup>2</sup> O que nunca será possível em sua totalidade, dada a impossibilidade de desdizer-se todas as palavras lançadas ao vento.

to no art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem que prevê que “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

É evidente o conteúdo de garantia defensiva de tal dispositivo legal, integrando e aperfeiçoando o sistema constitucional a esse respeito. Somente assegurando-se o direito do acusado, presumivelmente inocente, de não se manifestar sobre a acusação que lhe é feita, pode-se garantir ele mesmo a plenitude da defesa.

Tal norma, embora o texto constitucional refira-se ao *preso*, tem aplicabilidade a todos os acusados em processo criminal e, ainda, aos indiciados em inquérito policial, assegurando-se-lhes o direito de deixar que seja deduzida a acusação e que o acusador demonstre a veracidade desta sem o seu auxílio.

Partindo-se dessa garantia, firmou-se o entendimento de não estar o réu obrigado a fazer prova contra si em processo criminal, qualquer que seja a sua natureza, explicitando, mais uma vez, a questão relativa ao ônus da prova no processo penal.

### 3.4 Direito à assistência jurídica

A par de ser incluída entre os direitos do preso (inclua-se aqui também os acusados em geral), no inciso LXIII, a assistência jurídica fora garantida, de forma gratuita e integral, prestada pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos, no inciso LXXIV.

Embora não se destine apenas aos acusados em processo criminal, a assistência jurídica estatal tem importante papel quanto ao asseguramento do direito de defesa desses, pois, mesmo não dispondo de recursos suficientes, terão a certeza de poder contar com profissional habilitado a produzir sua defesa de forma técnica e eficaz.

Ocorre que, na maioria das vezes, a população não tem acesso às normas legais garantidoras de seus direitos e neste cenário incluem-se, até com certa frequência, os acusados em processos criminais.<sup>3</sup> Muitos destes, ainda que tenham conhecimento sobre os direitos à ampla defesa, à presunção de inocência e ao silêncio, não têm a noção exata dos limites destes, nem de como utilizá-los em seu próprio benefício.

É, então, neste ponto, que as normas garantidoras de tais direitos de-

---

<sup>3</sup> Mais uma vez deve-se abstrair das hipóteses dos integrantes de facções do crime organizado, voltando a análise àqueles criminosos que agem desprovidos de uma estrutura de suporte, encontrando-se, então, no início, em frágil posição de inferioridade processual.

vem ser integradas à garantia da assistência jurídica e à indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, sendo instrumentalizadas por estas.

O conhecimento técnico das normas legais e dos desdobramentos do processo que detém o profissional do Direito, no caso, o advogado, torna-se imprescindível para a efetivação de todos os direitos inerentes à dignidade humana do réu. O conhecimento leigo, na quase totalidade dos casos, não é suficiente para tanto. Há de se ter em mente a situação de desigualdade em que se encontra o acusado sem orientação, uma vez que, detendo, quando muito, o conhecimento popular acerca das normas legais, tem do outro lado, responsável por deduzir a acusação, se for o caso, um membro do Ministério Público, bacharel em ciências jurídicas, capacitado e avaliado por meio de rígido concurso público para ingresso na carreira e, ainda, a julgá-lo, um magistrado, com a mesma formação profissional do *acusador* e que, então, irá apreciar os fatos de acordo com o seu conhecimento técnico.

Como, então, falar-se em verdadeira igualdade se, de fato, pode-se visualizar a luta dos *sábios* contra o *comum*. Somente oportunizando-se a este último a assistência de um profissional com a mesma formação daqueles é que poderemos ter a balança do julgamento mais equilibrada.

Tal assistência, à luz do disposto no art. 133 da Carta Magna, há de ser prestada por advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, sendo-lhe garantida a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, possibilitando-lhe exercer com amplitude a defesa de seu assistido.

Acrescente-se, por fim, o contorno constitucional dado à Defensoria Pública pelo art. 134, erigindo-a à categoria de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a assistência jurídica disposta no art. 5º, LXXIV, da CF/88.

Lapida-se, com isso, então, o sistema de garantias dos acusados no processo penal, por meio de normas de hierarquia constitucional a serem observadas por todos e em todos os procedimentos, sob pena de tornarem-se *letra morta*.

#### **4 O INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL**

Feitas as exposições acima acerca dos direitos e garantias fundamentais que compõem o sistema constitucional de garantia do direito de defesa do acusado no processo penal, impõe-se agora fazer uma abordagem do interrogatório no processo penal e da posição do réu, diante das normas que lhe garantem a ampla defesa, a presunção de inocência, o direito ao silêncio e à assistência jurídica.

Será que as normas garantidoras de direitos fundamentais dos acusados estão, efetivamente, sendo verificadas no curso do processo criminal, especialmente no interrogatório do réu, na forma como este ato é previsto e como é realizado, ou há, apenas, um arremedo de observância e uma eficácia apenas formal de tais garantias?

Terá o réu, efetivamente, o direito de ficar calado, tendo condições de utilizar-se dele quando lhe for mais favorável ou será essa norma apenas uma garantia formal que não atinge a grande maioria dos acusados? Poder-se-á falar em ampla defesa, quando o acusado não tiver tido, sequer, a possibilidade material de entrevistar-se com seu defensor antes de ser interrogado? No interrogatório, estaria sendo considerada a presunção de inocência do réu ou seria apenas uma *armadilha* na busca de uma confissão que jogue por terra grande parte de sua chance de defesa?

#### 4.1 Natureza jurídica do interrogatório

De início, há de se definir qual a natureza jurídica do interrogatório judicial do acusado. Seria ele um meio de prova ou de defesa?

Essa questão liga-se diretamente à efetividade das normas assecuratórias do direito de defesa do acusado no processo penal, havendo enorme diferença a caracterização do interrogatório como meio de prova ou ato de defesa.

Para muitos, entre os quais Marques (1997, v. 2, p. 296), o interrogatório constitui meio de prova. Essa caracterização parte, inicialmente, de sua disposição no capítulo das provas do Código de Processo Penal – CPP, aliada ao fato de ser ato em que são feitas perguntas, ainda que diretamente ao acusado, a respeito dos fatos em apuração no feito.

Nestes casos, o interrogatório é encarado como *depoimento pessoal* do réu em que, na verdade, busca-se obter do mesmo a confissão da prática delitiva:

Consiste o interrogatório em declarações do réu resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse fato.

Embora o réu preste esse “depoimento pessoal” com toda a liberdade, não deixa ele, de ser um meio de provocar a confissão do delito (MARQUES, 1997, v. 2, p. 297).

Tal entendimento, muito embora seduza pela força da argumentação e

brilhanismo do defensor, reflete a interferência da ideologia da época em que fora editado o Código de Processo Penal (década de 40), sendo de se questionar sua aplicabilidade nos nossos dias.

Se é certo que o interrogatório traduz-se no momento processual em que se possibilita ao réu falar sobre a acusação que pesa contra si, não menos certo é que deve ser o mesmo praticado de forma a não lhe prejudicar a liberdade e a defesa.

A própria garantia constitucional do direito ao silêncio serve de base para se afastar do interrogatório a natureza jurídica de meio de prova, eis que, caso realmente assim o fosse, tendo em vista a natureza pública das normas que regem o processo penal e o princípio da busca da verdade real a ele imanente, como explicar-se a possibilidade do réu impedir a produção probatória por meio de seu silêncio?

Acrescente-se a isso a inexistência de contraditório no ato do interrogatório, impossibilitando a formulação de perguntas por parte do Ministério Público ou da defesa, ainda que presentes ao ato, restando-lhes a mera fiscalização da observância das formalidades legais, sobretudo, no tocante às garantias do réu.

Vale ser dito que o simples fato de estar o interrogatório inserido no capítulo atinente às provas no processo penal não serve de suporte a caracterizá-lo como meio de prova, pois, para tanto, é necessária a análise das características do ato, já que a natureza jurídica infere-se da essência do ato ou da norma e não de aspectos meramente formais dos mesmos. Caso contrário, na hipótese de as chamadas *emendas Frankstein*, em que se inserem dispositivos isolados em textos legais a serem aprovados, tratarem-se de matéria diversa da que se pretende o projeto (tão comum nas Assembléias Legislativas Estaduais), elas teriam a mesma natureza do projeto principal, mesmo que, por exemplo, versassem sobre norma de direito administrativo, inserido em texto de norma tributária.

De outra banda, encontram-se os defensores da tese segundo a qual o interrogatório, a despeito de sua posição topográfica, incluído no capítulo das provas, é, na verdade, meio de defesa, entre os quais Tourinho Filho (1995, v. 3, p. 239).

Tal tese prende-se à essência do interrogatório, entendendo que esse ato destina-se a oportunizar ao acusado a manifestação, se assim o quiser, acerca dos fatos deduzidos na acusação, negando-os ou informando situação que indique a existência de alguma exculpante ou causa de diminuição da pena etc.

Revedo posicionamento anterior quanto a ser o interrogatório meio de prova, assevera Tourinho Filho (1995, v. 3, p. 240):

Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio –, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa. Embora o Juiz possa formular ao acusado uma série de perguntas que lhe parecerem oportunas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de provas, o certo é que a Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio. O réu não é obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas. [...]

Assim, se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar-lhe o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova. Por outro lado, não estando ele obrigado a acusar a si próprio, “não tem nenhuma obrigação nem dever de fornecer elementos de prova.” Pode o Magistrado, eventualmente, ser informado de determinadas circunstâncias que poderão auxiliá-lo na solução do caso. Mas, tal como afirmado na doutrina, se o réu tem o direito ao silêncio, o interrogatório não pode ser considerado meio de prova; do contrário, o réu seria obrigado a responder. [...]

O Estatuto Processual Penal atualmente em vigor em nosso país fora editado sob forte influência da idéia de prevalência dos interesses repressivos do Estado sobre os interesses individuais fundamentais.

Hoje, há uma preocupação cada vez mais freqüente com a garantia das liberdades individuais, sendo crescentes os movimentos em prol da defesa dos direitos humanos, sobretudo dos acusados e dos condenados.

A Constituição da República de 1988 fora editada sob forte inspiração democrática tendo entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e entre os objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º e 2º), primando pela preservação de garantias individuais, entre as quais o direito à ampla defesa e seus desdobramentos, como acima explicitado.

Não se mostra possível, diante desse novo contexto da ordem constitucional, aceitar o interrogatório como meio de prova, ainda mais com a finalidade de buscar-se a confissão delitiva, como posto anteriormente.

Galarza (2000, p. 20) faz um paralelo entre o interrogatório do réu no

processo penal e no processo civil (neste caso, chamado depoimento pessoal), para demonstrar a impossibilidade de caracterizar-se o interrogatório como meio de prova:

Ao observarmos com atenção o Processo Civil, constatamos que o interrogatório do réu é meio de prova do autor. O autor, na inicial, requer como prova de seu direito o depoimento pessoal do réu, sob pena de confissão, eis que no Processo Civil existe a confissão ficta. Além disso, há, no Processo Civil, o instituto do ônus da prova, ou seja, quem tem o dever de provar, se não o faz, pode ter o seu direito material indeferido, dentro, é claro, do princípio da comunhão das provas. Além do mais, o interrogatório, no civil, tem o objetivo de obter a confissão do réu.

Parece-nos assim, que a tese que o interrogatório do réu é meio de prova, seria o instituto do interrogatório do réu, no Processo Civil, transportado para o processo penal, de forma indevida, eis que, em primeiro lugar, tratando-se de direito de liberdade, encontramos na seara do direito indisponível. Em segundo lugar, no processo penal não há confissão ficta e por fim, contestamos, inclusive, a questão do ônus da prova, em matéria processual penal, nos moldes em que é proposta no juízo cível.

Nada obsta, porém, que, a par de ser meio de defesa, sirva o interrogatório para a elucidação dos fatos, fornecendo elementos de prova. O que não se há de admitir é a sua caracterização como meio de prova, o que faria jogar por terra as garantias do acusado, subvertendo a ordem jurídica maior, impondo-se, ainda, a necessidade de reconhecimento da necessidade de respeito ao contraditório durante sua realização.

Assim, será o interrogatório eventual fonte de prova, a partir do momento em que se admite possa o julgador utilizar-se do mesmo para sua convicção, podendo surgir do ato, até mesmo, algum fato desfavorável ao réu.

Esse entendimento é exposto, entre outros, por Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1999, p. 79):

É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório –, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta

da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*.

E mais: o acusado, sujeito de defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder. A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se com entender melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.

Mais acertado nos parece, então, atribuir-se ao interrogatório a natureza jurídica de meio de defesa, estando esta mais em consonância com a nova ordem constitucional e com as garantias a serem asseguradas ao acusado, admitindo-se, apenas eventualmente, que se o considere como fonte de prova, a depender, neste caso, do posicionamento do réu e do valor a ser conferido às afirmações que, porventura, venha a fazer.

## 4.2 Forma de realização do interrogatório

O Código de Processo Penal-CPP reservou o Capítulo III do Título VII do Livro I para tratar do interrogatório do acusado, estabelecendo as normas a serem seguidas quando for realizado o ato, as quais são aplicáveis, não só aos procedimentos previstos no estatuto processual penal, como a todos os outros de natureza criminal, ainda que dispostos em legislação especial, salvo se esta expressamente dispuser de modo contrário.

Da análise desses dispositivos, pode-se dividir o interrogatório do réu no processo penal em duas fases distintas: o chamado interrogatório de identificação e o de mérito.

Por meio do interrogatório de identificação, o juiz procura inteirar-se da identidade da pessoa contra quem foi proposta a ação e daquela que está ali presente para ser interrogada. Pergunta-se, então, sobre o nome, naturalidade, estado civil, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce sua atividade e, por fim, se sabe ler e escrever.

Com tais perguntas, além de certificar-se da identidade do acusado e do interrogando, poderá o juiz suprir deficiências de qualificações indiretas,

além de obter os dados necessários para preenchimento do boletim individual a ser remetido ao Instituto de Identificação e Estatística (art. 809 do CPP).

Ultrapassada essa fase, o juiz passará a interrogar o acusado sobre o mérito da acusação, após cientificá-lo da acusação que pesa contra si. Perguntará o juiz ao réu, então, entre outras, se teve notícia da prática da infração imputada ao mesmo e onde estava quando esta aconteceu; se conhece as provas apuradas contra ele, bem como a vítima, se houver, e as testemunhas arroladas e, em caso positivo, nessa última hipótese, desde quando e se tem algo a alegar contra elas; se é verdadeira a imputação que lhe é feita e, afirmando o réu não ser, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa a quem deva ser a mesma atribuída, de forma especificada; sobre sua vida pregressa, especialmente, se já foi preso ou processado e, nesse último caso, qual a pena que lhe fora imposta e se a cumpriu. Deverá o juiz, ainda, indagar do réu sobre quaisquer outros fatos e circunstâncias que considere interessantes para a elucidação dos fatos.

Antes de terminado o ato, o juiz dará ao acusado a oportunidade de indicar as provas que, desde já, entenda serem importantes para sua defesa.

Quanto à forma de realização do interrogatório, reveste-se de particular interesse a análise e interpretação das normas dos arts. 186 e 191 do CPP que tratam, especificamente, do silêncio do réu no interrogatório.

Tais normas assim dispõem:

---

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

---

---

Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.

---

Embora permaneçam formalmente em vigor, tais dispositivos, inegavelmente, não foram recepcionados pela nova Carta Constitucional de 1988 e representam indiscutível afronta ao direito, ao silêncio e à presunção de inocência, assegurados no art. 5º, LXIII e LVII.

Como seria possível conciliar-se o direito ao silêncio e à presunção de inocência com a possibilidade de ser aquele interpretado em prejuízo da defesa do acusado (que estaria exercendo um direito seu), criando presunção negativa

contra o mesmo?

É bem verdade que, em algumas situações, permanecendo em silêncio, prejudicará o réu sua defesa por abdicar da possibilidade de expor sua versão dos fatos ou afirmar a ocorrência de situações que poderiam melhorar sua situação nos autos. Mas isso há de acontecer de forma direta e explícita, não por meio de presunções ou interpretações negativas.

Assim, ciente o réu de que fora outro o autor do delito a ele imputado, deixando de informar isto ao juiz no interrogatório, poderá prejudicar visceralmente sua defesa, impedindo que a real autoria *venha à tona*, possibilitando, sua eventual condenação. No entanto, isso somente poderá ocorrer se as demais provas dos autos a ela conduzirem e, nunca, por presumir-se que *se inocente teria falado e, não o tendo feito, há de ser culpado*.

A esse respeito, ensina Mazzilli (1999, p. 264-265):

É verdade que o silêncio do réu, quando interrogado no inquérito policial ou até mesmo no processo penal, não lhe pode causar prejuízo jurídico (não importa confissão ficta, por exemplo, já que indisponíveis os interesses sobre os quais se controverte, como a liberdade das pessoas); entretanto, não se pode desconsiderar que, embora exercendo o direito ao silêncio, o réu está deixando de dar voluntariamente um adminículo probatório favorável à sua própria versão, o que pode de fato prejudicar sua defesa. [...] ao preferir sobrepor seu direito ao silêncio à atitude natural daquele que clama pela própria inocência, o réu deixa de produzir prova a seu favor – pois o interrogatório é meio de prova – e contribui, destarte, com um adminículo desfavorável à própria defesa. Não sob o aspecto positivo, pois o silêncio não prova contra o réu, mas sob o aspecto negativo, por ter deixado passar uma oportunidade de contar sua versão de inocência e concorrer para a busca da verdade real, escopo final do processo criminal.

Assim, qualquer prejuízo à defesa, eventualmente advindo do silêncio do réu, somente pode ser admitido se decorrer de sua desistência à produção de prova e não de qualquer forma de presunção em seu desfavor, não podendo o silêncio do réu servir de elemento de convicção do magistrado ao sentenciar.

É pacífico, atualmente, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o magistrado, no interrogatório, deverá cientificar o réu de seu direito de permanecer em silêncio sem menção à advertência do final do art. 186 do CPP e,

caso o mesmo pretenda fazer uso dele, não deverá ser aplicada a norma do art. 191 do mesmo código.

Da mesma forma, não poderá o magistrado, no julgamento final, fundamentar sua decisão no silêncio do réu, prejudicando-o em virtude disso, concluindo por sua responsabilização ou fazendo qualquer forma de presunção a partir da negativa de resposta a qualquer pergunta formulada.

Do contrário, teríamos apenas um arremedo de direito ao silêncio e de garantia à presunção de inocência.

A título de ilustração, valem ser destacados alguns entendimentos de nossos Tribunais a esse respeito:

**ESTELIONATO – DEFENSOR DATIVO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE – VOTO VENCIDO – INTERROGATÓRIO – ART. 5º, LXIII, DA CF – PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – [...]** Não tendo sido recepcionada pela CF a parte final do art. 186 do CPP deve-se garantir ao réu o direito ao silêncio, sem restrições, em obediência aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. (TAMG – Ap nº 0244565-8 – 1ª C.Crim. – Relª Juíza Jane Silva – J. 29.04.1998) (RJTAMG 71/405). (MINAS GERAIS, 1999).

**CRIME CULPOSO – ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROVA. INTERROGATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 5º, LXIII, DA CF. CONCURSO FORMAL. PENA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EFEITOS – [...]** Não se admite como prova o interrogatório em que o acusado foi previamente advertido de que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa, pois o art. 186, parte final, do CPP, foi revogado pelo art. 5º, LXIII, da CF, que consagra o exercício ilimitado do direito ao silêncio. [...]. (TAMG – ACr nº 235.390-2 – 1ª C. – Relª Juíza Jane Silva – DJMG 07.11.1997). (MINAS GERAIS, 1997).

**INTERROGATÓRIO JUDICIAL – Réu que permanece calado. Direito que não se destina exclusivamente ao interrogatório policial. Advertência final inscrita no art. 186 do CPP, sem mais valia. Inteligência do art. 5º, LXIII e LVII, da CF – Não parece correta a afirmação de que a regra contida no art. 5º, LXIII, da CF se desti-**

nasse exclusivamente ao interrogatório policial. É verdade que esse inciso está entre aqueles que tratam da prisão efetuada pela autoridade policial em flagrante, disciplinando a conduta a ser tomada por aquela autoridade. No entanto, não há menor dúvida de que também no interrogatório perante o Juízo o réu terá o direito de permanecer calado, não mais valendo a advertência final inscrita no art. 186 do CPP, no sentido de que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. E tanto mais deve ser assim quando se verifica o contido no nº LVII do mesmo artigo. Conclui-se com a conjugação desses dois incisos que não mais prevalece aquela advertência final, pois não será lícito ao juiz considerar culpado o réu simplesmente porque permaneceu silente. A acusação é que cumpre produzir a prova de culpabilidade lato sensu do acusado. (TJSP – ACR. nº 149.145-3/0 – 4ª C – Rel. Des. Celso Limongi – J. 14.07.1995) (02 709/312). (SÃO PAULO, 1994).

Vê-se, então, que, nesse particular, as normas assecuratórias do direito de defesa do acusado (direito ao silêncio e à presunção de inocência) têm efetividade material, estando sendo realmente observadas, sendo nula qualquer decisão que, amparada em tais dispositivos legais, venha a prejudicar o réu no julgamento final, afastando-se a incidência de tais normas de nítido conteúdo repressivo e anti-democrático.

#### 4.3 Assistência jurídica ao acusado e o interrogatório

De grande relevância é a análise da efetividade da norma garantidora da assistência jurídica ao acusado insculpida no art. 5º, LXIII e LXXIV, da CF/88 durante o interrogatório.

Como visto acima, no item 4.1, o interrogatório, embora possa ser considerado como eventual fonte de prova, tem a natureza jurídica de ato de defesa. Para que se possa ter preservada a ampla defesa por meio de *assessoramento técnico*, de modo a equilibrar a balança entre acusação e defesa,<sup>4</sup> é de se concluir seja necessária a participação efetiva do advogado (profissional legalmente habilitado a prestar tal assessoramento) no ato.

Conforme entendimento dominante acerca da norma do art. 187 do CPP, no interrogatório não há o contraditório, não se mostrando possível, en-

<sup>4</sup> Como colocado no item 3.4, relativo ao direito à assistência jurídica.

tão, que o advogado ou defensor faça perguntas ao réu ou formule-as para que sejam feitas pelo magistrado. De igual maneira, não se admite a participação quanto a isso ao membro do Ministério Público. Limita-se, então, a presença de tais profissionais ao ato à fiscalização das normas procedimentais, das garantias constitucionais e processuais do acusado ou, ainda, para, simplesmente, acompanhar seu depoimento, formando convencimento por meio de caracteres secundários ao mesmo (feição, firmeza ao depor, etc.).

Resta, então, verificar se esta mera presença do defensor no momento da realização do interrogatório é suficiente para dar efetividade à norma que assegura seu direito à assistência jurídica e, porque não, à ampla defesa em seu sentido lato. Essa verificação tem importância, uma vez que, desassessorado, pode o acusado, naquele único instante em que lhe é possibilitado falar oficialmente sobre os fatos, jogar por terra toda sua possibilidade de defesa, inviabilizando-a e, até mesmo, facilitando sobremaneira a acusação que, às vezes, nem está servida de *boas provas*.

A simples menção no mandado de citação de resumo da denúncia ou queixa ou o envio de cópias e a indicação de que a presença em juízo é determinada para fins de ser interrogado como réu em processo criminal é suficiente para indicar que o acusado deve procurar um advogado?

Inicialmente, não se analisa as condições daqueles que geralmente encontram-se na posição de réus no processo penal. Trata-se, em sua grande maioria, de pessoas pobres, desprovidas de um mínimo de conhecimento, ainda que leigo, das normas legais e processuais, crentes, quase sempre, na possibilidade de produzirem sua própria defesa perante o juiz, sobretudo pela influência nesse sentido produzida por filmes e programas televisivos *importados*, sem ligação mais próxima com a nossa realidade.

Nesse cenário, dificilmente os acusados comparecem em juízo, acompanhados de advogados ou, mesmo sem eles, após terem se orientado com tal profissional.

A situação agrava-se, ainda mais, quando se vê nos mandados de citação que é facultado ao réu fazer-se acompanhar por advogado e que, não dispondo o réu de condições de contratar um, ser-lhe-á nomeado defensor público ou dativo. Confiantes em tal observação, a quase totalidade dos réus comparece em juízo para ser interrogado só, esperando que lhe seja nomeado o defensor.

Postas essas questões iniciais, façamos, então, uma análise do que geralmente ocorre nesse momento nos processos criminais, obviamente, a partir da situação desses acusados que comparecem sem advogado, já que os demais se encontram devidamente assistidos, não havendo que se questionar acerca da garantia a eles de seu direito constitucional.

Comparecendo o réu desacompanhado, o juiz inicia imediatamente o interrogatório, por meio das perguntas ligadas à sua qualificação (interrogatório de identificação) e, após, das perguntas que se prendem aos fatos (interrogatório de mérito). Terminada a inquirição, pergunta o magistrado ao acusado se o mesmo já dispõe de advogado ou se tem condições de contratar um e, respondendo negativamente às duas, nomeia-lhe defensor.

Mas onde está esse defensor? A presença do defensor no ato é exigida? A sua ausência implica o adiamento do ato?

Contrariando todas as normas constitucionais garantidoras da ampla defesa e da assistência jurídica e, até mesmo o bom senso, o que se vê é que os interrogatórios, via de regra, realizam-se sem a presença do defensor a ser nomeado no ato. Muitas vezes, nem mesmo o advogado constituído previamente (de que se pode ter conhecimento pelos pedidos de fiança, liberdade provisória, *habeas corpus* etc.) é notificado para o ato. Seguindo a posição de membros do Ministério Público que não comparecem ao interrogatório por não lhes ser possível a formulação de perguntas, limitando-se a ter conhecimento *a posteriori* das afirmações do réu, os defensores e até advogados constituídos sistematicamente não comparecem ao ato.

Com essa primeira análise, já se pode perceber que, nesse particular, as normas constitucionais não têm efetividade, resultando, de fato, em meras proposições ideais sem qualquer aplicação na prática.

É certo que, dada a inexistência de contraditório no interrogatório, essa presença serviria apenas para a fiscalização da observância das formalidades legais. Mas não seria, no mínimo, temerária a abdicação dessa possibilidade? Não se estaria aí permitindo que acusados pudessem confessar delitos ou deixar de servir-se de direitos (ao silêncio, por exemplo), por estarem sozinhos frente ao magistrado ou até mesmo induzidos por ele?<sup>5</sup> Se a ausência do promotor de Justiça é grave porque a ele cabe, não simplesmente a acusação, mas em todos os momentos a fiscalização do fiel cumprimento das normas legais, sobretudo quanto às garantias dos acusados, o que dizer do defensor ou advogado?!

Vê-se, ainda, que essa prática de nomeação do defensor ao final do ato representa errônea interpretação e aplicação da norma do art. 263 do CPP que determina que, não tendo o réu defensor, seja-lhe nomeado um pelo juiz, ressalvando o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança ou produzir sua própria defesa, se habilitado legalmente.

Ora, se a Constituição da República inseriu entre as garantias indivi-

<sup>5</sup> Não há aqui qualquer crítica à magistratura ou a seus membros, apenas uma suposição para se ressaltar a importância de algo que vem sistemática e inexplicavelmente sendo esquecido: a presença do advogado ou defensor durante o interrogatório do réu.

duais do cidadão o direito à assistência jurídica, é evidente que esta não terá efetividade se a nomeação a que alude o art. 263 do CPP não ocorrer antes de iniciado o interrogatório, ao menos no que se refere ao interrogatório de mérito.

Marques (1997, v. 2, p. 299-300), ao tratar do art. 263 do CPP, embora defenda que a finalidade do interrogatório seja a obtenção da confissão do réu, beneficiando-se o inocente e criando *embaraços* para o culpado, afirma sobre a necessidade de, na falta de defensor do réu, o juiz nomear “[...] pelo menos um patrono *ad hoc* para assistir à realização do interrogatório.”

A discrepância é ainda maior quando se observa o que ocorre quanto ao réu preso que, simplesmente, vê-se requisitado para a audiência de interrogatório, mediante ofício dirigido ao responsável por sua custódia, sendo, na maioria das vezes cientificado do teor da acusação deduzida contra si apenas momentos antes de iniciada a inquirição meritória, até mesmo depois de fornecer sua qualificação.

Entendendo não ser precisa a citação por mandado do réu preso quando requisitado, Mazzilli (1999, p. 261-263) assevera ser necessário que, em qualquer caso, informe-se ao mesmo sobre a acusação contra si deduzida, para que possa exercer a ampla defesa a que tem direito. No entanto, com todo respeito, equivoca-se ao dizer bastar que essa cientificação seja feita em audiência antes do início do interrogatório, sendo apenas *proveitoso* que, a título de cautela, ao réu que compareça ao ato e não tenha sido citado por mandado (preso ou não, requisitado ou não), seja dada cópia da denúncia, antes do oferecimento da defesa prévia.

Essas orientações traduzem-se em verdadeiras afrontas às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, uma vez que, praticamente negando-lhe a assistência jurídica, coloca-o em posição de grande desvantagem processual, culminando, muitas vezes, em confissões que acabam por destruir todas as suas chances de êxito na ação criminal.

Verifica-se, então, que a garantia à assistência jurídica é meramente formal, sendo, portanto, inefetiva.

De nada serve garantir-se ao acusado o direito de ser defendido por profissional habilitado se ele somente pode começar a atuar após o interrogatório, quando o réu já terá se manifestado sobre os fatos contra ele deduzidos, sem qualquer orientação técnica.

Sendo o interrogatório meio de defesa, é imperioso que a assistência do advogado seja anterior ao mesmo, ocorra antes que o acusado se expresse em relação à denúncia, a fim de que, tendo havido uma análise ainda que preliminar acerca das provas existentes nos autos, possa ser orientado sobre o que deve ser falado e como falar ou, ainda, a usar seu direito de permanecer em

silêncio e, neste caso, como fazê-lo.

Basta uma análise desse último ponto para se perceber a incoerência e inefetividade de tal norma na forma como vem acontecendo. Se o réu tem o direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado, como poderá este orientá-lo a calar-se se somente tiverem contato depois de realizado o interrogatório? Nesses casos, o exercício do direito de permanecer em silêncio dependerá exclusivamente da análise do réu ou somente será exercido por aqueles que tiverem condições de anteriormente ajustar um advogado. Acrescente-se, ainda, a possibilidade de a situação ser inversa em que o réu tenha algo importante a dizer, mas que, por não entender as conseqüências e importância dessas suas palavras, permaneça em silêncio, prejudicando sua defesa, sem que o defensor nomeado possa, posteriormente, reverter a situação.

Para que se possa dar efetividade à norma constitucional garantidora do direito à assistência jurídica aos acusados, impõe-se, no mínimo, que ela seja anterior ao interrogatório, sendo indagado sobre ter constituído advogado ou ter condições de fazê-lo antes do início do ato e, em caso de respostas negativas, nomear-se defensor, suspendendo-se o ato até que haja possibilidade de, reservadamente, entrevistar-se o réu com o profissional que será responsável por sua defesa. Mantendo-se as coisas como estão, não há como ver efetividade material em tal norma que, embora posta, válida e vigente, não produz na prática os efeitos que lhe são próprios e esperados.

#### **4.4 O momento do interrogatório e os ritos processuais penais**

Seguindo os objetivos deste trabalho, resta analisar a efetividade das normas assecuratórias do direito de defesa do réu nos ritos processuais penais, com ênfase no momento de realização do interrogatório do acusado (tema central deste estudo).

Por serem muitos os ritos processuais penais existentes, dispostos no corpo do Código de Processo Penal e em diversas leis extravagantes, limitar-se-á a abordagem aos que mais comumente se verificam.

##### **4.4.1 Ritos comuns do Código de Processo Penal**

O Código de Processo Penal, ao disciplinar os ritos processuais a serem seguidos para o julgamento das infrações penais, estabeleceu no Título I do Livro II o rito comum, a ser observado sempre que não houver previsão de rito específico.

Algumas pequenas diferenças surgem quando se trata de processo por crime a que seja cominada pena de reclusão ou de detenção. Tais minúcias,

porém, não interessam ao presente trabalho, eis que a estrutura básica é a mesma e, portanto, suficiente para a análise aqui pretendida.

Além dos processos por crimes comuns, as normas do rito comum aplicam-se aos crimes de competência do Tribunal do Júri, na parte relativa à formação da culpa, *ius accusacionis*, ou primeira fase do julgamento, incidindo, então, as normas especiais, apenas para a fase de julgamento em plenário.

Assim, resume-se o rito comum do processo penal em oferecimento da denúncia ou queixa, recebimento desta pelo Magistrado designando-se interrogatório do acusado no mesmo ato, realização do interrogatório, concessão de prazo para defesa prévia, oitiva das testemunhas arroladas, diligências finais, se for o caso, alegações finais pelas partes e sentença.

Nota-se, de antemão, que esse rito evidencia as impropriedades estudadas no item 4.3 quanto ao direito à assistência jurídica, uma vez que o interrogatório do réu ocorre logo após o recebimento da denúncia, sendo apenas nesse ato nomeado seu defensor que somente em momento posterior iniciará efetivamente a defesa, com o oferecimento da chamada defesa prévia.

Esse rito afeta flagrantemente a efetividade das normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, uma vez que, pela sua forma de dispor e organizar o processo penal, afasta a incidência material do direito ao silêncio, à presunção de inocência, à assistência jurídica e, então, à ampla defesa.

Quanto ao direito ao silêncio, como já foi dito acima, como será possível acreditar que o réu tenha, de fato, o direito ao silêncio se não tiver certeza ou, pelo menos, orientação sobre quando utilizá-lo em seu benefício?

O prejuízo ao acusado no tocante a esse direito em virtude da assistência jurídica ocorrer tardiamente, ou seja, apenas após o fim de seu interrogatório já foi explicitado no item anterior (item 4.3), não merecendo aqui maior exposição.

Ocorre que, a par daqueles vícios, também o momento de realização do interrogatório vem a retirar a efetividade das normas garantidoras da ampla defesa.

Sendo, como é, encarado o interrogatório como meio de defesa do acusado, até mesmo por uma questão de lógica e princípios jurídicos, mostra-se incoerente que o interrogatório se realize antes da produção de qualquer prova. Ora, nesse caso, o que se tem é o início da defesa antes de produzidas as provas da acusação.

Inicialmente, se o réu tem o direito de permanecer em silêncio, devendo ser estendido tal direito à idéia de não estar obrigado a produzir provas contra si, somente após uma análise das provas já produzidas é que poderia efetiva e conscientemente exercer esse seu direito.

De outra banda, se o réu deve ser encarado como inocente até decisão final condenatória (presunção de inocência), o ônus da prova deve recair sobre a acusação quanto aos fatos deduzidos na inicial e não sobre o réu quanto à sua não-culpabilidade, a qual deve ser presumida, fundamentando a decisão absolutória em caso de dúvida (*in dubio pro reo*).

Assim, por exemplo, se, terminada a instrução, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público ou pelo acusador particular (no caso da ação penal privada) não tiverem trazido aos autos elementos certos quanto aos fatos deduzidos na acusação, capazes de formar o convencimento do magistrado no sentido da condenação do réu, estará esse convicto de que o melhor para sua defesa será manter-se em silêncio, usando livremente esse seu direito apoiado na presunção constitucional de sua inocência para, portanto, ver-se livre das sanções que lhe pretendam impor.

Vê-se, então, a fragilidade das normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa dos acusados no processo penal, quanto à efetividade, na aplicação das normas procedimentais comuns do Código de Processo Penal. Em primeiro, a assistência jurídica de importante papel para a ampla defesa, somente é assegurada após o interrogatório. Por sua vez, o direito ao silêncio há de ser exercido *no escuro*, sem saber o réu quais as provas que serão produzidas e qual o valor delas para formação da convicção do magistrado. Por fim, neste cenário, o réu não poderá valer-se da norma da presunção de inocência (constitucionalmente estabelecida para ser uma garantia a seu favor) como meio de defesa, relegando-se ela a mera proposição a ser seguida ao final, no julgamento, diante dos acontecimentos, independente de qualquer utilização dela pelo acusado.

A situação é tão complexa que gera distorções alarmantes.

A partir da análise acima feita, é possível concluir, apesar de todo o espanto, que as normas acima favorecem sobremaneira o réu que, solto e citado pessoalmente, deixasse de comparecer ao interrogatório. É que, em tal situação, determina o Código de Processo Penal que o juiz deve decretar-lhe a revelia, nomeando defensor e prosseguindo no feito (art. 367 c/c parágrafo único do art. 396 do CPP). Será, então, o acusado, de forma pensada ou inconscientemente, beneficiado se comparecer espontaneamente em juízo após a oitiva das testemunhas, quando deverá obrigatoriamente ser interrogado (art. 185), agora sim, já ciente de todas as provas contra ele produzidas.

Nota-se, destarte, que a efetividade das normas processuais decorrerá de artimanha processual que, contrariando as disposições legais rotineiras, culminará por garantir ao acusado o direito à assistência jurídica antes do interrogatório, o exercício consciente do direito ao silêncio nesse ato e, ainda, a utilização da presunção de inocência a seu favor.

Conclui-se, então, que esse procedimento comum, ao contrário de pautar-se na idéia garantista do direito de defesa e das liberdades individuais insertas na Constituição da República de 1988, adequa-se mais à visão autoritária e repressiva do interrogatório como meio de obter-se a confissão do réu, preconizada por Marques (1997, v. 2, p. 299):

E é o que se dá com o interrogatório do réu. Fonte de convicção das mais relevantes, pelos indícios que dele surgem e emergem, esse meio de prova nada tem de condenável ou iníquo, a menos que se queira transformar a instrução judiciária em proteção aos criminosos.

Ao interrogar o réu, busca-se obter a confissão do crime de que ele é acusado. O inocente negará imputação e poderá fazê-lo com absoluto êxito porque nenhum crime praticou. Ao culpado a situação se apresentará mais difícil, porque a sua negativa mentirosa o obriga a rodeios e ginásticas de dialética que acabarão por deixar vestígios e contradições que se constituirão em indícios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais.

Essa visão autoritária e excessivamente repressiva não se coaduna com a sociedade democrática pretendida pela nova ordem constitucional instalada a partir do texto político de 1988. Ao buscar-se a confissão do réu por meio do interrogatório, como que *encurralando-o* numa armadilha de desigualdade processual, aniquila-se todo o direito de defesa que, ao contrário do sustentado por Marques (1997), é não só do inocente mas de todos os acusados no processo penal.

#### **4.4.2 Crimes de responsabilidade de funcionário público**

Difere o procedimento dos crimes de responsabilidade de funcionário público pela existência de uma fase preliminar, aplicável aos crimes afiançáveis, na qual o imputado é notificado para responder por escrito no prazo de quinze dias (MIRABETE, 1995, p. 653), sendo de se ressaltar que, diante da redação dada ao inciso I do art. 323 do CPP pela Lei nº 6.416, de 24.05.1977, são afiançáveis todos os crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal -- CP, pois em nenhum deles a pena mínima supera dois anos de reclusão. Assim, a notificação é indispensável em qualquer ação penal movida contra funcionário pelos delitos funcionais. Não sendo conhecida sua residência, deve ser no-

meado defensor para o mesmo a quem caberá apresentar a resposta preliminar, sendo permitido, em ambos os casos, o manuseio dos autos em cartório pelo imputado e/ou seu defensor.

Somente após a análise de tal resposta, que poderá vir acompanhada de documentos, é que decidirá o juiz pelo recebimento ou não da denúncia ou queixa, aplicando-se, em caso positivo, a partir daí, o rito comum explicitado no item anterior.

Muito embora aplicando-se o rito comum a partir do recebimento da denúncia ou queixa, o estabelecimento de uma fase preliminar representa maior efetividade às garantias constitucionais ora em estudo.

No tocante à assistência jurídica, a efetividade é total, eis que, a partir da notificação para apresentação da resposta preliminar, já deverá o imputado constituir advogado ou requerer seja-lhe nomeado um, na impossibilidade de pagamento, e, ainda, deverá haver prévia nomeação caso não encontrado o denunciado para notificação pessoal.<sup>6</sup> Destarte, o réu, ainda que recebida a denúncia ou queixa, a par de sua resposta, já terá mantido contato com o responsável por sua defesa técnica, já tendo condições de saber as linhas da tese defensiva, possibilitando-lhe o exercício efetivo de seu direito à ampla defesa.

No restante, porém, sobretudo quanto ao interrogatório que continua sendo o primeiro ato a partir do recebimento da denúncia, a efetividade das normas é apenas relativa, mitigados os vícios e impropriedades dispostas no item anterior, apenas pela prévia assistência jurídica que repercute, de certa forma, a partir da orientação, na garantia do direito ao silêncio e na utilização da presunção de inocência a favor do réu. Continua, porém, impossível ter a exata noção das provas que serão produzidas contra si, já que a produção delas ocorre somente em momento posterior às suas declarações.

#### **4.4.3 Juizado Especial Criminal**

Por fim, há de se verificar a efetividade das normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado no rito processual previsto para as infrações penais de competência do Juizado Especial Criminal – JEC.

Introduzido em nosso ordenamento pela Lei nº 9.099, de 26.09.1995, em regulamentação do art. 98, I, da CF/88, o JEC, entre outras inovações no campo penal e processual penal, disciplinou de forma totalmente diferenciada o procedimento judicial para apuração dos crimes de menor potencial ofensi-

<sup>6</sup> Muito embora o CPP ao dispor sobre este rito deixe dúvidas quanto à possibilidade de apresentação de defesa pelo próprio acusado, cremos esteja mais de acordo com as normas constitucionais e com o Estatuto da Advocacia a interpretação segundo a qual a resposta há de ser subscrita por profissional legalmente habilitado, por tratar-se de produção de ato judicial, sendo, então, indispensável o advogado.

vo, dispondo:

---

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 da sentença.

---

Além de concentrar os atos processuais em uma única audiência, o rito processual do JEC é o que, no ordenamento jurídico-positivo brasileiro, dota de maior efetividade as normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado.

Inicialmente, há de se ver que ficam afastadas as impropriedades no tocante ao direito à assistência jurídica, pois não haverá prática de atos instrutórios anteriormente à audiência, sendo imprescindível a presença do defensor para a sua realização, uma vez que, logo em seu início, deverá haver pronunciamento de tal profissional acerca da denúncia na defesa preliminar, em que, antes mesmo de ser interrogado, o réu poderá ver-se livre da acusação contra ele deduzida.

Ademais, recebida a denúncia ou queixa, estando o réu presente, passará a assistir a todos os depoimentos (vítima e testemunhas), devidamente acompanhado de seu advogado ou defensor, para, só então ao final, realizar-se seu interrogatório. Poderá, portanto, nesse momento, sopesar, sempre com a assistência do profissional responsável por sua defesa técnica, as provas até então produzidas à força das provas da acusação para formação do convencimento do magistrado, para, livremente, optar pelo exercício de seu direito ao silêncio, utilizando-se da presunção constitucional de sua inocência ou, ainda, para, orientado ou não, dar ao magistrado a versão que melhor lhe favoreça, exercitando amplamente seu direito de defesa.

Assim, embora criticado quando foi editada a Lei nº 9.099/95, por introduzir inovações que, na verdade, invertiam a ordem das coisas até então existentes, procedendo-se a uma análise do procedimento do JEC, é claramente visível sua completa adequação às normas que estabelecem os direitos e garantias individuais, sobretudo, no tocante à ampla defesa e a seus correlatos.

O interrogatório aqui não será visto, em hipótese alguma, como oportunidade de obter-se a confissão delitiva do acusado, mas, pura e simplesmente, como meio de defesa, em que ele procurará dar sua versão dos fatos, tentando

do, se assim lhe convier, contrapor-se às informações prestadas pelas testemunhas que, obviamente, poderão estar prestando depoimentos falsos e serão, então, desmentidas pelo maior interessado, o réu, por meio de informações que, talvez, somente ele detenha.

Apesar de destinado ao julgamento das denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, esse procedimento, por traduzir maior efetividade às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, é inegavelmente mais benéfico ao réu que os ritos comuns do Código de Processo Penal, embora neles haja, teoricamente, maior amplitude e possibilidade de produção probatória.

#### **4.4.4 Inovações legislativas**

Talvez atenta à necessidade de dar maior efetividade às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, a nova lei disciplinadora do rito a ser aplicado ao julgamento dos crimes definidos na Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368 de 21.10.1976) – Lei nº 10.409, de 11.01.2002 – criou a figura da defesa preliminar ao recebimento da denúncia, semelhante à resposta prévia no crime de responsabilidade dos funcionários públicos, bem como possibilitando a realização de interrogatório em momento anterior ao início da ação penal (que ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa).

Pecou, porém, ao não aproveitar para prever a realização do interrogatório apenas ao final, após a produção das provas.

Por sua vez, em tramitação no Congresso Nacional, os Projetos de Lei nº 4.204/2001 e 4.207/2001 que, entre outros, buscam a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, atentos a tais situações, prevêem além de outras alterações, a aplicabilidade de todos os procedimentos da defesa prévia antes do recebimento da denúncia ou queixa, a obrigatoriedade de presença do advogado ou defensor no interrogatório que deverá realizar-se ao final do procedimento, após produção da prova que, em se tratando de testemunhas, será feita em audiência única, incluindo-se as da denúncia e as de defesa.

Esses projetos então, se aprovados, além de outros benefícios, darão efetividade material às normas garantistas da Constituição Federal de 1988, assegurando aos acusados em processo criminal, o exercício pleno e livre do direito à ampla defesa com todas as suas nuances e variações.

### **5 CONCLUSÃO**

A partir de toda a exposição acima feita, é possível concluir que as normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa dos acusados não

têm uma efetividade real, material ou social. A par de vigentes, sua efetividade limita-se a aspectos formais, não se traduzindo em consequências reais no sentido de assegurar-se a igualdade dos acusados, o que somente pode advir da garantia à ampla defesa de forma geral, incluindo-se aí a possibilidade concreta de gozo do direito ao silêncio e à assistência jurídica e eficaz utilização da presunção de inocência como garantia.

Muito embora a sociedade clame por justiça e esteja sedenta pela responsabilização dos autores de delitos, afastando-se o fantasma da impunidade, não se há de voltar no tempo, abandonando-se as regras democráticas e humanitárias em prol de um autoritarismo e de uma repressão desmedida sob chancela legal, que pode levar a grandes injustiças, acirrando ainda mais a desigualdade social, culminando por *sair o tiro pela culatra*.

Todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais dispostas na Constituição, a par de terem aplicabilidade imediata como dispõe o § 1º do art. 5º, devem ter efetividade plena, não bastando, por exemplo, que se mude o entendimento sobre algumas normas ou que se deixe de aplicar outras para impedir que o silêncio do réu seja interpretado em seu prejuízo, mas criando-se condições para que ele possa exercer com plenitude todos os direitos e cercar-se de todas as garantias que a Lei Maior lhe assegura.

Embora destinado apenas às infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, é de se concluir que o rito processual do Juizado Especial Criminal, talvez por sua modernidade, é o que mais atenta para as normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, sendo, portanto, o rito em que elas têm maior efetividade material.

É preciso tirar o manto da hipocrisia e abandonar o discurso de que as normas processuais têm de ser feitas para beneficiar os inocentes e prejudicar os culpados, facilitando a condenação destes, quando sabemos que os grandes criminosos estão sendo beneficiados por artimanhas jurídicas e por ilícitos ligados à corrupção das autoridades responsáveis pelo combate à criminalidade, servindo nossas leis penais e processuais penais, na grande maioria das vezes, para condenar *ladroes de galinha* ou para impor sanções a *bodes espiatórios* retirados da sociedade para dar uma satisfação, ainda que falsa, a ela mesma ou para encobrir verdadeiros meliantes.

É imperioso que se tenha coragem de dizer que os direitos e garantias são aplicáveis a todos os que se encontrem em solo brasileiro, dando conteúdo material à igualdade de todos inserida no *caput* do art. 5º da CF/88, ainda que isso signifique dar garantias aos acusados contra a vontade de uma parcela da sociedade movida apenas pelo sentimento da mais torpe e cruel vingança.

Por fim, para que se dê efetividade material às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa é preciso mais que simplesmente modificar

a legislação processual penal ou a forma de interpretá-la, é preciso alterar toda a estrutura social do país, fazendo reinar, de fato, a igualdade de todos perante a lei e o cumprimento dela, reprimindo-se suas violações, nos exatos termos por ela previstos. Só assim poderemos um dia falar em igualdade, liberdade, garantias constitucionais, amplitude de direito de defesa e, então, *Justiça!*

## Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. reform. de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 1989.

GALARZA, Míriam K. Natureza jurídica do interrogatório do réu no crime: meio de prova, meio de defesa ou fonte de prova? O interrogatório admite contraditório? *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 3, n. 36, p. 20-24, fev. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAMEDE, Gladston. *Semiologia do Direito: tópicos para um debate* referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões criminais controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 694, p. 303-309, ago. 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação criminal nº 0235390-2 – Comarca de Belo Horizonte. Apelantes: 1º) a Justiça Pública; 2º) Marcelo Guimarães Carneiro. Apelados: os mesmos. Relatora: Juíza Jane Silva. Belo Horizonte, 08 de outubro de 1997. *Minas Gerais: Diário Oficial dos Poderes*

do Estado. Diário de Justiça, 07 nov. 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação criminal nº 0244565-8 – Comarca de Caratinga. Apelante: Ivanir da Consolação Armond Miranda. Apelada: A Justiça Pública. Relatora: Jane Silva. Belo Horizonte, 29 de abril de 1998. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 24, n. 71, p. 405-412, abr./jun. 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 5. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 149.145-3/0 – Comarca de Taubaté. Apelante: Joel Aparecido Vieira. Apelado: Justiça Pública. Relator: Des. Celso Lomongi. São Paulo, 14 de julho de 1994. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 709, p. 313-314, nov. 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de processo penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

# ENTES DE REGULAÇÃO: UMA PERSPECTIVA ATUAL DO MODELO JURÍDICO-ECONÔMICO BRASILEIRO

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES  
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Uma tentativa de definição – 3 Causas justificadoras da regulação – 4 Princípios informativos – 4.1 Princípio do acesso necessário – 4.2 Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado – 4.3 Realização da universalidade e maior qualidade dos serviços públicos – 5 As denominadas agências reguladoras – 5.1 Definição crítica – 5.2 Os poderes das agências: a problemática do poder normativo – 6 O novo Estado regulador brasileiro – 6.1 O modelo econômico adotado – 6.2 A problemática das agências reguladoras – 7 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

Hoje, um dos grandes temas objeto de estudo dos juristas, sobretudo dos administrativistas, são os questionamentos concernentes às chamadas agências de regulação ou reguladoras. Conquanto se trate de uma preocupação cadente, a concepção de regulação, em sua essência, não apresenta novidade, porquanto de há muito, no contexto brasileiro, v.g., vislumbra-se o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, como autêntico órgão estatal de regulação econômica. De igual medida, sublinhe-se que o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE cumpria a finalidade, hoje, outorgada à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Podem-se, ainda, sublinhar as funções regulatórias do Banco Central do Brasil, criadas pela Lei nº 4.595 de 31.12.1964.

Nessa perspectiva, ousamos discordar de Cuéllar (2001), que assevera que tais entes, apesar de terem função reguladora, distinguem-se das atuais agências.

Em verdade, o foro de atualidade do tema deve-se ao modelo adotado e à realidade econômica vivenciada pela maioria dos Estados, marcados notadamente pelo princípio da subsidiariedade, vale dizer, a ação estatal só se justifica pelos pressupostos da imprescindibilidade, garantindo-se ao particular o exercício direto da atividade econômica, e, ao Estado, as atribuições de regulador.<sup>1</sup>

Sobreleva notar, nesse sentir, a necessidade do desenvolvimento de

---

<sup>1</sup> Como bem ressaltado por Cuéllar (2001), o princípio da subsidiariedade foi formulado pela doutrina social da igreja Católica, especialmente nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961) e *Centesimus Annus* (1991).

uma teoria como resposta às muitas e múltiplas inquietações.

Nem se diga, nesse sentir, que a regulação econômica é típica de um modelo econômico planificado. Trata-se de uma ilação equivocada. A regulação manifesta-se com maiores fundamentos e estrutura, notadamente, em economias ditas de mercado. Nesse diapasão, é o exemplo dos Estados Unidos da América,<sup>2</sup> com maior histórico e instrumentos em aperfeiçoamento constante de regulação. A propósito, adverte Sundfeld (2000) que:

Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, quer por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina na década de 80).

Gallot (2001, p. 5), com muita propriedade, assevera que *"Il est vrai que la libéralisation génère un besoin croissant de régulation."* E, citando Elie Cohen, cunha a idéia de *"capitalisme régulé"*.

De igual sentir, Marques Neto (2000, p. 75), ao asseverar que a "[...] transferência ao setor privado de ativos estatais ou mesmo de serviços públicos não significa, portanto, desregulação."

Oportuna, no mesmo sentido, é a consideração de Mercado Pacheco (1994, p. 73):

*[...] pero el mercado como esfera libre de toda configuración jurídica es una ficción, de la misma forma que es ficticia la identificación de la regulación con la fase del intervencionismo estatal en la economía, como su contrapartida. La 'autonomía' del mercado no sig-*

<sup>2</sup> Sobreleva notar que as agências reguladoras são antigas no Direito americano, sendo que a primeira agência, a *Interstate Commerce Commission* – ICC, foi instituída em 1887 (CUSHMANN, 1972; BERNSTEIN, 1955).

*nifica ausencia de regulación; antes bien, el mercado es una esfera regulada, aunque esa regulación sea una regulación mediante no intervención. Las normas reguladoras del mercado operan a un nivel que podríamos llamar 'constitucional'.*

Como se depreende, o estudo dessa Teoria da Regulação, no dizer de Salomão Filho (2001), demanda o afastamento de alguns equívocos, perpassando, no plano do Direito Administrativo e do Direito Econômico, pela nossa tentativa de definição de regulação, as suas causas justificadoras, princípios informativos, a caracterização dessas agências, a natureza de seus atos, a problemática do poder normativo, tudo sob um enfoque crítico da realidade nacional vivenciada.

Impende notar que Camargo (2000, p. 57), ao dissertar sobre a ação das agências de regulação, bem acentua, nesse sentir, a fronteira tênue entre o Direito Administrativo e o Direito Econômico, *verbis*: “Ao Direito Administrativo interessará a caracterização destas entidades, a natureza dos atos que praticarem, os procedimentos que conduzirão. É o Direito Econômico que, sem dispensar o concurso do Direito Administrativo, permite a compreensão de suas atividades.”

Em verdade, se não pugnamos, como alguns ilustres estudiosos, pela disciplina autônoma do denominado Direito Administrativo Econômico, não podemos olvidar, na esteira da melhor análise do temário proposto, a interdisciplinariedade dessas disciplinas da ciência jurídica.

## 2 UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

Quando se inicia o estudo de determinado instituto, logo sobrevém uma natural inquietação concernente à sua definição.

Diverso não ocorre com a regulação. Nesse sentido é a percepção de Gallot (2001, p. 5) ao asseverar que:

*La régulation est aujourd'hui un concept à la fois mystérieux, fourre-tout et catalogué. Il est donc à la fois très employé et très critiqué, probablement parce que l'on ne sait pas exactement ce qu'il recoupe et aussi en raison de son origine et de son acception anglo-saxonnes. Celle-ci est d'ailleurs fondatrice d'une autre ambiguïté puisqu'une traduction anglaise du mot 'régulation' donnera 'réglementation' ce qui n'est qu'une partie de la vérité.*

Contudo, consoante já exposto, a idéia de regulação não é novidade. Nada mais é que "*une modalité de l'action publique*."

Venâncio Filho (1968, p. 16), em sua clássica obra, a partir da perspectiva de Direito Econômico proposta por Bernard Chenot, distinguia o *Direito Regulamentar*, "no qual o Estado desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do *Direito Institucional*, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico."<sup>3</sup> (grifo nosso).

Destarte, podemos aproximar regulação a uma forma de ação do Estado no domínio econômico, ação indireta, com fundamento, em nosso ordenamento jurídico, no art.174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, [...]."

Com efeito, a regulação, no dizer de Sundfeld (2000, p. 23), é "[...] característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade."

E, hoje, como bem preleciona Baldwin (1998, p. 4) a regulação "[...] tornou-se uma forma central de intervenção do estado na economia." Não se podendo, segundo Fonseca (2000, p. 257), "[...] afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo, pois que ele passa a atuar como o garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulamentação dos comportamentos humanos."

Cumpre-nos, dessarte, perquirir as causas justificadoras dessa intervenção, bem como os princípios que a informam.

### 3 CAUSAS JUSTIFICADORAS DA REGULAÇÃO

Em síntese, a causa fundamental da regulação se consubstancia na promoção e garantia da economia, na sua concepção de livre e mais justa circulação de riqueza.

Breyer (1982), enumera, em resumo, a principal causa justificadora da regulação: controle do monopólio, com vistas à promoção de um mercado realmente competitivo, promovendo, inclusive, a mudança da distribuição de riqueza e rendimento.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Confira, também, a nomenclatura de *intervenção imediata e mediata* defendida por Moncada (1988, p. 33).

<sup>4</sup> "Moreover, intervention - or rearrangement of rights and liabilities - changes the distribution of wealth and income."

Salomão Filho (2001, p. 15) adverte que, no campo econômico, “[...] a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento de concentração econômica.”

Daf, a relevante e estrita conexão da regulação com a concorrência.

O Estado, quando atua no domínio econômico, por intermédio de sua *mão visível*, deve objetivar a melhor satisfação dos interesses do homem, centro do ordenamento jurídico, consubstanciados na mais justa produção e circulação dos bens econômicos.<sup>5</sup>

Nessa medida, a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica da regulação, pelo manifesto reducionismo, não podem justificar a regulação. Em verdade, é a busca do interesse público, na expressão de conformação e correção do mercado, causa principal da ação indireta do Estado. A razão é a “[...] igualdade jurídica material e não meramente formal entre todos os agentes econômicos. [...] A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação.” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 30).

E, no plano essencialmente do Direito Administrativo, poderíamos justificar a *regulação* pela necessária busca do equilíbrio entre o interesse do concessionário do serviço público, consubstanciado no lucro, e o interesse da coletividade, dos usuários, na universalidade e melhor qualidade desse serviço.

E o exercício dessa regulação é informado por alguns princípios, objeto da exposição seguinte.

## 4 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

Os princípios informativos da regulação econômica têm em comum a garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos, condições de acesso e permanência no mercado. Dessarte, em qualquer setor da economia objeto de regulação, mister a observância dessa realidade.

Partindo dessa premissa, Salomão Filho (2001, p. 51) enumera os princípios do *acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado*, ressaltando que uma “[...] regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico.”

### 4.1 Princípio do acesso necessário

---

<sup>5</sup> Lorenzetti (1998, p. 144) pugna pelo princípio segundo o qual a “pessoa é o centro do ordenamento jurídico.”

A regulação, como já sublinhado, tem por escopo a promoção de um mercado realmente competitivo. Daí, a premência de uma igualdade material, e não meramente formal, de todos os agentes econômicos. A todos deve ser assegurado o acesso ao mercado.

Dentro dessa perspectiva, Salomão Filho (2001, p. 54) cita, com muita propriedade, a chamada *essential facility doctrine* como elemento de aproximação entre a teoria regulatória e a disciplina *antitruste interventiva*: A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem.

Sobreleva, nessa medida, a intervenção regulatória ativa que possibilite condições materiais de acesso ao mercado, com manifesta repercussão nos interesses dos consumidores. Nesse sentido, prossegue:

A outra face da regulação das situações de posição dominante está exatamente na estruturação da forma de atendimento ao consumidor. Se a rede é a única, o problema principal desse atendimento passa a ser a maneira pela qual é possível e/ou viável a organização do acesso de todos os consumidores à rede. A questão do acesso adquire, então, aqui, o codinome de problema da chamada universalização, aplicável a todos os setores regulados em que há dependência de uma canal principal de acesso.

#### **4.2 Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado**

Dada a relevância do acesso ao mercado, não se pode opor, singelamente, à *essential facility doctrine* a tese do direito de propriedade, porquanto, em nosso ordenamento jurídico, esse direito não se apresenta de forma absoluta.

A propriedade, consoante art. 5º, XXIII, da Constituição da República de 1988, deve atender a sua função social. Destarte, “[...] ao se falar em bens de acesso, a função social significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso.” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 16).

A regulação orienta-se, nessa perspectiva, pela garantia de acesso dos vários concorrentes ao mercado, por intermédio da restrição do direito de propriedade do titular da rede. Essa restrição, por sua vez, deve ser mínima, na

medida suficiente de garantia desse ambiente competitivo de mercado, ou, no dizer de Breyer (1982, p. 341), uma “*procompetitive/less restrictive alternative*.”

### 4.3 Realização da universalidade e maior qualidade dos serviços públicos

E a consecução desses princípios do *acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado*, pugnando por um mercado realmente competitivo, realiza, de igual modo, duas aspirações dos usuários dos serviços públicos outorgados, vale dizer: a *universalidade e a melhor qualidade*.

Com efeito, se precedendo ao procedimento licitatório, podemos vislumbrar vários agentes, em igualdade notadamente técnica, com condições efetivas de concorrer e prestar determinado serviço público, diversa não é a conclusão, sem maiores incursões lógicas, quanto ao melhor atendimento dos interesses da coletividade.

De outra ponta, podemos inferir, de igual modo, a ação de regulação na execução dos contratos, seja pelos instrumentos de fiscalização, seja pelo controle da política tarifária, no difícil mister do equilíbrio de interesses.

Nessa medida, podemos observar a relevância da ação estatal de regulação em duas distintas oportunidades; a primeira, buscando promover um mercado realmente competitivo; a segunda, mediante a fiscalização da execução do serviço público e o difícil controle da política de preços.

Como se vislumbra, quando se fala em regulação da atividade econômica, podemos antever a conformação tanto dessa atividade em seu sentido estrito, quanto dos serviços públicos na clássica definição do Direito Administrativo. Com efeito, a regulação estatal tem efeito imediato sobre as condições de prestação de serviço público, seja no aspecto preventivo (prudencial) de mercado, proporcionando maiores e melhores competidores, seja no aspecto da execução contratual, objetivando a manutenção e preeminência do interesse público. Ou, na conclusão de Cuéllar (2001, p. 62), “[...] a regulação deve almejar assegurar a qualidade do serviço, proteger o usuário e defender a concorrência.”

## 5 AS DENOMINADAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 5.1 Definição crítica

A forma pela qual o Estado se faz, indiretamente, presente no mercado, consubstancia-se nas ditas *agências reguladoras*.

Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação *americana*

*regulatory agencies. Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de conselhos,<sup>6</sup> em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada.*

Interessante notar que a Carta da República não faz referência ao termo agência reguladora e, sim, a órgão regulador. A propósito, arts. 21, XI, e 177, § 2º, III.

Nessa cultura de infirmar a tradição, *destruindo sem a perspectiva de aperfeiçoar*, já foram criadas, em nosso ordenamento, no plano federal, as seguintes *agencies*: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472, de 16.07.1997); Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17.07.2000); Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427, de 26.12.1996); Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9.478, de 06.08.1997); Agência Nacional de Saúde – ANS (Lei nº 9.961, de 28.01.2000); Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26.01.1999).<sup>7</sup>

Todos esses entes reguladores foram criados sob a forma jurídica de autarquia, alguns com maior intensidade, com problemas estruturais, consoante exposição seguinte.

## **5.2 Os poderes das agências: a problemática do poder normativo**

Sob essa epígrafe, Fonseca (2000) faz duas cadentes indagações: sendo independentes, as agências cingir-se-iam à política governamental? Segundo, na esteira do poder normativo, poderiam editar normas e, por conseguinte, determinar sanções?

A resposta a essas indagações perpassa pela análise do ordenamento jurídico em que estão inseridas.

Em nosso caso, sobreleva o princípio da legalidade de extração constitucional, tão bem delineado pelos estudiosos.

Nesse diapasão, como resposta notadamente à segunda indagação, teríamos como limite ao poder normativo dos órgãos reguladores o conteúdo e

<sup>6</sup> Nesse sentido, não se furtou o ordenamento jurídico português à tradição de manutenção dos Conselhos.

<sup>7</sup> Oportuna é a observação de Fonseca (2000), segundo a qual o Banco Central do Brasil sempre teve funções de regulação e de controle. Sublinhe-se a existência, hoje, de outros entes federais. No plano estadual, podemos citar, entre outras, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei nº 7.314, de 19.05.1998), Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Ceará – ARCE (Lei nº 12.786, de 30.12.1997), Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG (Lei nº 12.999, de 31.07.1998), Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei nº 10.931, de 09.01.1997) e Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ (Lei nº 2.686, de 13.02.1997). No plano municipal, sobreleva a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro do Itapemirim – ES (Lei nº 4.798, de 14.07.1999).

alcance da legislação. Com efeito, em que pese o declínio do princípio da generalidade da lei, sobretudo em razão da complexidade e celeridade dos fenômenos econômicos, mister ressaltar a proibição dos ditos atos normativos autônomos. Oportuna é a advertência de Mello (2001, p. 75), segundo a qual “[...] a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros.” (grifo nosso).

Destarte, os órgãos reguladores podem editar normas e, por consequência, impor sanções, desde que presentes os fundamentos e limites legais. No mesmo sentido, Sundfeld (2000) e Breyer (1982, p. 350).<sup>8</sup> E tais atos, de manifesta natureza administrativa, a teor do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se eximem do *Judicial review*.<sup>9</sup>

Ainda que, por mera hipótese, se admitisse regulamentos autônomos, mister é a observação de Cuéllar (2001, p. 124):

[...] reconhece-se que os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, entendida em sentido amplo. Ainda que autônomos, os regulamentos são atos administrativos, hierarquicamente subordinados à lei e à Constituição – cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente.

Quanto à política governamental, percuciente é a conclusão de Marques Neto (2000): “A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo.”

Irretocável a observação. As ações do órgão regulador cingem-se a decisões de ordem estritamente técnica, não se motivando por determinações de cunho político, em sua acepção mais negativa.

Segundo Cuéllar (2001), “[...] agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia.”

<sup>8</sup> “The agency could order private persons to act or to refrain from acting only as authorized by specific laws, through which Congress controlled agency action.”

<sup>9</sup> “Judicial review had to be available to ensure that the agency did not overstep the bounds set out in its legislation. 4. Agency procedures had to facilitate the exercise of this judicial review.”

E essa independência deve apresentar-se, outrossim, em relação aos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, sob pena do conhecido fenômeno da captação. A propósito, diverso não é o entendimento sufragado por Marques Neto (2000):

Obviamente, o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Isso não significa que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralidade de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém em que pese a manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela, dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados. [...] Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: I) a estabilidade dos dirigentes; II) a autonomia de gestão do órgão; III) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; IV) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância do governo; V) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

E o melhor exercício desse poder independente dos entes reguladores, a despeito do cuidado sublinhado, pressupõe, outrossim, a seleção de pessoal capacitado, mudanças nos procedimentos administrativos, sempre com observância do devido processo legal e possibilidade de controle jurisdicional, tudo como ressaltado por Breyer (1982) em conclusão de sua obra *Regulation and its reform*.

## 6 O NOVO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

## 6.1 O modelo econômico adotado

Nosso modelo constitucional econômico, como é de trivial sabença, deu primazia à ação indireta do Estado, consubstanciada nas funções de *planejamento, incentivo e fiscalização* da atividade econômica, consoante disposto no art. 174, *caput*, da CF/88.

Essa opção constitucional, contudo, não tem sido exercida sem maiores atropelos, sendo freqüentes as críticas de toda sociedade.

Esses questionamentos, conforme sublinhado, devem-se, não à opção constitucional em si, senão ao exercício levado a cabo pelo Poder Executivo.

Com efeito, há muito se encontram esquecidos os valores e princípios insculpidos no art. 170 da CF/88, realiza-se a concepção do Estado mínimo sem a preocupação do centro de todas as ações, vale dizer, a pessoa humana.

A execução do chamado projeto neoliberal se faz de forma, no mais das vezes, equivocada. A transferência dos ativos do setor público para o privado se faz sem um maior planejamento. Ausentes se afiguram garantias de investimentos estruturais. As funções constitucionais de planejamento, incentivo e fiscalização ressaem como meras formalidades sem substrato fático, basta ver a conhecida e recente crise de energia elétrica.

Nessa perspectiva, vislumbramos, no plano institucional, a inflação das chamadas agências reguladoras que, sob uma nova denominação, retratam uma problemática antiga, objeto do nosso item final.

## 6.2 A problemática das agências reguladoras

Segundo exposição anterior, podemos apontar, no plano federal, a criação, entre outras, das seguintes *agencies*: ANATEL, ANA, ANEEL, ANP, ANS e ANVISA.

A despeito da nomenclatura distante da nossa cultura jurídica, os presentes entes de regulação, alguns com maior intensidade, apresentam sérios problemas estruturais, entre os quais salientamos: a) *ausência de independência*; b) *deficiência na formação do corpo técnico*; c) *ausência de uma cultura de regulação*.

A independência serve para que o órgão regulador seja *um instrumento de política governamental*, e não *um instrumento de política de um governo*. Infelizmente, essa garantia não se faz presente como seria necessária. Nesse diapasão, é, v.g., a realidade do setor de saúde, em que, muitas das vezes, a ANS, em manifestação de captura, vem defendendo os interesses de administradoras de seguro e planos de saúde. Em igual medida, a realidade vivenciada pelo setor de energia elétrica, em que medidas de planejamento não foram realizadas e executadas por motivações de conveniência política, chegando-se ao ponto de própria inviabilização do chamado Mercado Atacadista de Ener-

gia Elétrica – MAE, em razão única da intervenção atropelada do Estado.<sup>10</sup> Oportuna é a conclusão de Dutra (1997, p.11), segundo a qual “No Brasil é expressiva a resistência em admitir-se a regulação independente como a melhor forma de servir ao interesse público.” E, mais adiante, adverte: “No Brasil, a força do autoritarismo, próprio de nossa tradição política, expressa quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo e no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que regem a administração pública, esteve na base da criação dos órgãos reguladores, iniciada na ditadura Vargas.”

Quanto ao corpo técnico, é manifesta a deficiência, tudo como conseqüência da ausência de uma mudança planejada pela opção reguladora. Trata-se da problemática concernente à cultura de regulação.

Em verdade, conquanto a essência da regulação não seja nova, o modelo constitucionalmente adotado e a realidade econômica vivenciada afiguram-se diversos. Daí a impossibilidade de aplicabilidade de princípios administrativos e mecanismos já ultrapassados. O modelo é novo e a realidade também, sendo premente uma necessidade de aperfeiçoamento e ajustamento, tudo, segundo Breyer (1982, p. 341), mediante uma reforma compassada e individualizada (*encouraging step-by-step reform*), *verbis*:

*The focus is on the individual program.*

[...]

*These include efforts to attract better personnel, to improve agency procedures, to restructure the relationship of the agency to other parts of the government, and to encourage substantive reform.*

## 7 CONCLUSÃO

A regulação, em sua essência, não se afigura como novidade em nosso ordenamento jurídico. O novo é a sua inserção no modelo econômico constitucionalmente adotado, são os desafios de ordem estrutural, é a sensibilidade necessária para aperfeiçoar os mecanismos existentes, pensar melhor as estratégias de implementação, tudo com apelo crítico, sem apego à cultura de tudo copiar e destruir.

O propósito de nosso trabalho é contribuir com esse espírito crítico, mediante essa análise interdisciplinar,<sup>11</sup> compreendendo a finalidade e inserção, em nosso ordenamento jurídico-econômico, dos entes reguladores, a natureza e o alcance de seus atos, bem como o controle dos mesmos, tudo sem

<sup>10</sup> Nesse sentido, reportagens da Folha de São Paulo, de 23 de maio de 2001, p. B-5 intitulada *Mercado de energia pode ter intervenção*; e, mais recentemente, de 10 de janeiro de 2002, p. A-1 e p. B-1, noticiando a extinção do MAE e maior intervenção estatal.

<sup>11</sup> Como assevera Salomão Filho (2001, p. 11) “o método interdisciplinar de análise é imperativo em matéria de ciência sociais.”

prescindir da teoria clássica do Direito Administrativo.

Trata-se, como se vislumbra, de exposição inacabada, cujos contornos são desenhados pela mutante realidade da economia, pela prática rotineira de todos aqueles incumbidos da política econômica de regulação, sem nos descurarmos, notadamente, da contribuição jurisprudencial na apreensão de certos conceitos e atribuições, a mais não poder, fugidios.

### Referências Bibliográficas

BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955.

BREYER, Stephen G. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CUSHMANN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. New York: Octagon Books, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 12, p. 11-18, jan./mar. 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, n. 119, jan./fév. 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis económico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio económico: o direito público económico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

# **OS LIMITES ENTRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA**  
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** 1 Sistema de controle de constitucionalidade pátrio – 1.1 Controle de constitucionalidade preventivo – 1.2 Controle de constitucionalidade repressivo – 1.2.1 Controle de constitucionalidade repressivo reservado ou concentrado – 1.2.2 Controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto – 2 Ação civil pública e interesses metaindividuais ou transindividuais – 3 Limites entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública – 4 Conclusão

## **1 SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PÁTRIO**

No Brasil, em relação ao momento de realização do controle de constitucionalidade, podemos observar um binômio: controle de constitucionalidade preventivo e controle de constitucionalidade repressivo.

### **1.1 Controle de constitucionalidade preventivo**

O controle preventivo de constitucionalidade visa impedir que a espécie normativa maculada ingresse no ordenamento jurídico. É realizado pelo Poder Legislativo, por meio das comissões de constituição e justiça (art. 58 da Constituição Federal de 1988 – CF/88) e pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico (art. 66, § 1º, da CF/88).

Conclui-se, no Brasil, que o controle preventivo de constitucionalidade é realizado dentro do processo legislativo.

Conclui-se, também, que o Poder Judiciário não participa desse controle preventivo, em face do princípio da inércia da jurisdição, ficando os Poderes (na acepção do termo, o poder é uno, suas funções é que são tripartidas) Legislativo e Executivo com o comando desse controle.

### **1.2 Controle de constitucionalidade repressivo**

O controle repressivo de constitucionalidade busca expurgar a norma

maculada já editada. É realizado, de forma excepcional, pelo Poder Legislativo, em três hipóteses: arts. 49, V, 52, X e 62, todos da CF/88. Também é realizado, excepcionalmente, pelo Poder Executivo, pelo seu chefe máximo, nos respectivos entes da Federação. Consiste em negar obediência à lei, por entendê-la inconstitucional, provocando/instigando ou induzindo o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade, para visar à pacificação da presunção relativa (*juris tantum*) de que *toda lei é constitucional*. Essa inclusão dos Poderes (funções) Executivo e Legislativo no controle repressivo de constitucionalidade se justifica pelo sistema do *check and balance* (art. 2º da Carta Magna – independência e harmonia entre os poderes/funções estatais).

A regra impõe que o Poder Judiciário deve se incumbir da missão do controle repressivo de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88), como guardião da Constituição Federal, fator esse consagrado pelo Poder Constituinte Originário de 05.10.1988. Desta forma, somente as exceções alhures citadas, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo (sistema de freios e contrapesos) são passíveis, no sistema jurídico-constitucional pátrio, de exercer o controle repressivo de constitucionalidade, sem que isso represente a quebra da *viga mestra* do sistema.

O controle repressivo, feito de regra pelo Poder Judiciário, é realizado de duas formas no Brasil, razão por que rotula de controle de constitucionalidade repressivo judiciário misto.

No prisma dessa conclusão, a tese se justifica.

### **1.2.1 Controle de constitucionalidade repressivo reservado ou concentrado**

O controle reservado ou concentrado é aquele que busca a declaração de inconstitucionalidade em tese, independentemente da existência de um caso concreto. É operacionalizado via ação, de 5 espécies:

- Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, “a”, da CF/88) – legitimidade: art. 103 da CF/88;
- Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, da CF/88) – legitimidade: art. 36, III, da CF/88;
- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) – legitimidade: art. 103, § 2º, da CF/88;
- Ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88) – legitimidade: art. 103, § 4º, da CF/88;
- Atualmente, existe uma nova espécie de ação, em relação ao controle reservado ou concentrado de constitucionalidade, criada pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999, podendo ser rotulada como ação, processo e julgamento

de *arguição de descumprimento de preceito fundamental* pelo Poder Público, nos termos do § 1º do art. 102 da CF/88.

Trata-se de um controle de constitucionalidade específico para o Poder Público que descumprir um preceito fundamental, tendo algumas peculiaridades distintas das ações já mencionadas. Senão, vejamos o próprio texto legal:

---

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

---

Como vimos alhures, o Poder Executivo, por seu representante máximo em cada ente da Federação, pode negar vigência a uma lei por entendê-la inconstitucional (controle repressivo feito pelo Poder Executivo), provocando, assim, o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade ou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou seja, com a prática do ato, o Poder Judiciário, pelo princípio do *check and balance* (art. 2º da CF/88) analisará se o descumprimento tem justo motivo ou não, na medida em que o STF tem a missão constitucional de velar pela constitucionalidade das leis. Assim, um poder fiscaliza o outro, sem invasão de competências.

Portanto, o que difere a arguição de descumprimento de preceito fundamental da ação declaratória de constitucionalidade é que a primeira visa fiscalizar atos do Poder Público, seja por seu chefe máximo ou por subordinados, enquanto que a segunda é genérica, não somente para coibir atos do Poder Público, como também para dar efeito vinculante a decisões judiciais em controle difuso de constitucionalidade.

---

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I — quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II — (Vetado).

---

O descumprimento de preceito fundamental anterior à Constituição deve ser solucionado pelo fenômeno jurídico da *recepção*, e não pela declaração de inconstitucionalidade, que pressupõe preceito descumprido após sua vigência.

---

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II – (Vetado).

§ 1º *Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.*

§ 2º (Vetado). (grifo nosso).

---

Mesmo sendo vetado o inciso II, encaminhados os fatos ao Procurador-Geral da República, este, legitimado pelo art. 103 da Carta Magna, diante de sua independência funcional, analisará a possibilidade de ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II – a indicação do ato questionado;

III – a prova da violação do preceito fundamental;

IV – o pedido, com suas especificações;

V – *se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.*

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. (grifo nosso).

---

Pela redação do artigo, constata-se que *petição inicial* denota que a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem natureza jurídica de ação, esta, visando, inclusive, ao controle de constitucionalidade repressivo concentrado, mas específica aos atos do Poder Público.

Além dos requisitos previstos neste artigo, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil-CPC, art. 282, no que for compatível (indicação do Tribunal a que é dirigida, no caso, o STF; fato com suas especificações; etc.).

No inciso V, comprova-se que pode acontecer o controle repressivo difuso ou aberto, em partes do País; por exemplo, juízes declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, razão pela qual deverão ser anexados na petição inicial as decisões judiciais para os casos concretos em que foi feito o controle difuso, visando dar pleno conhecimento da questão ao órgão de cúpula.

---

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.<sup>1</sup>

---

Portanto, se não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, por se tratar a matéria de ato de controle difuso de constitucionalidade que autorizou o Poder Público a agir daquela forma, a hipótese será de ação direta de constitucionalidade e não de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltando condição de ação (interesse de agir/adequação).

---

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias.

---

Trata-se de condição de ação (interesse de agir/necessidade, ou, para outros doutrinadores, falta de possibilidade jurídica do pedido).

---

<sup>1</sup> Os casos de *inepta*: art. 295, parágrafo único, do CPC, por analogia.

---

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (Vetado).

---

A liminar tem efeito vinculante sobre a matéria em todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que haja uma determinação do STF, por seu relator, nesse sentido, o que difere da conhecida *súmula vinculante*, cuja obediência é geral e independe de determinação.

---

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por

requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 2/3 (dois terços) dos Ministros.<sup>2</sup>

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

Art. 9º (Vetado).

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

---

O acórdão, portanto, na arguição de descumprimento de preceito fundamental tem efeito *erga omnes* e efeito vinculante.

---

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, res-

---

<sup>2</sup> Trata-se da chamada *cláusula de reserva de plenário*, que exige quórum para decisão.

tringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esse artigo é de suma importância, pois cria exceções aos efeitos do controle repressivo concentrado de constitucionalidade.

Assim, a regra nesse controle é que os efeitos sejam *erga omnes* e *ex tunc*.

Todavia, como a questão envolve atos do Poder Público, que muitas vezes, ainda que inconstitucional, for dado o efeito-regra, poderá causar uma moratória em Estados-Membros e/ou grande prejuízo socioeconômico, razão pela qual andou bem a lei em deixar ao arbítrio do STF a decisão sobre os efeitos, podendo conferir efeito *intra partem* ou ainda *erga omnes* limitado a um setor/categoria, bem como efeito *ex nunc* (daí para frente).

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

A princípio poderia parecer inconstitucional a presente Lei, no tocante à violação do princípio do duplo grau de jurisdição. Todavia, não se pode olvidar de que o STF é o guardião da Constituição Federal e órgão de cúpula do Poder Judiciário, não se justificando recurso, diante da competência originária e completa. Ademais, o dogma constitucional da inafastabilidade da jurisdição estará plenamente satisfeito (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Com a reclamação, o STF oficiará a quem de direito, no sentido de aplicar sanções nas searas penal, civil e administrativa, velando pelo instituto da coisa julgada.

Portanto, no controle reservado, em todas as cinco espécies de ação, os efeitos são *ex tunc* (uma vez declarada a inconstitucionalidade, os efeitos retroagem desde a propositura da ação ou desde a origem do ato expurgado) e *erga omnes* (para todos os que se encontram na mesma situação jurídica, sendo que, se for ação direta de inconstitucionalidade — ADIn em nível estadual, vale para todo o Estado-Membro respectivo), e salvo se a critério do STF, que visando à segurança jurídica ou interesse social, poderá estabelecer que seja *intra partem* ou ainda *erga omnes* limitado a um setor/categoria, bem como efeito *ex nunc* (daí para frente).

O controle de constitucionalidade repressivo, na espécie de controle reservado ou concentrado, é julgado pelo STF, se houver lei estadual ou federal contrária aos ditames da Constituição Federal, e, em nível estadual, pelo Tribunal de Justiça, se houver inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. Ressalva-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente pode ser julgada no STF e não nos Tribunais dos Estados-Membros (art. 101, § 1º, da CF/88). Ambas exigem legitimidade pré-definida na Constituição Federal ou Constituição Estadual. Nesse caso, a pronúncia do Judiciário é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide (pedido), logo, incidindo o instituto da coisa julgada.

A grande falha do legislador repousa na seguinte questão: E se lei municipal for contrária à Constituição Federal e não contrária à Constituição Estadual ?

Nesse caso, por omissão do legislador, que não previu tal hipótese na Carta Suprema, somente será possível o controle de constitucionalidade repressivo na espécie-via difuso, ou seja, o controle concentrado não pode ser exercido.

A grande questão que surge modernamente é: Com o advento da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cujo objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, é possível o ajuizamento de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, visando declarar a inconstitucionalidade de uma lei municipal em face da Constituição Federal ?

Essa questão será objeto de decisão pelo STF, mas, em posição pessoal, entendo que a resposta seja positiva, pois o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é justamente evitar ou reparar lesão a preceito fundamental.

Assim,

- a) se existir projeto de lei municipal contrário à Constituição Federal, a parte legitimada poderá ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental visando evitar lesão a preceito fundamental, caso em que o con-

trole de constitucionalidade das leis será preventivo e feito pelo Poder Judiciário, o que seria uma hipótese inédita do controle de constitucionalidade das leis no sentido preventivo, pois sabemos que o Poder Judiciário não participa no âmbito preventivo, e sim repressivo, em face da inércia da Jurisdição;

- b) se houver publicação de lei municipal contrária à Constituição Federal, nesse caso a parte legitimada poderá ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental visando declarar inconstitucional a lei municipal e ainda reparar a lesão causada (controle de constitucionalidade repressivo de lei municipal em face da Constituição Federal, o que seria uma hipótese inédita, suprimindo lacuna do legislador), julgada no STF.

A competência no controle de constitucionalidade repressivo, espécie concentrada ou reservada, feita pelo Poder Judiciário, é a seguinte:

- 1) de lei estadual ou de lei federal contrárias à Constituição Federal, incumbe ao STF (art. 102, I, "a", da CF/88);
- 2) de lei municipal ou de lei estadual contrárias à Constituição Estadual, incumbe ao Tribunal de Justiça (art. 125, § 2º, da CF/88);
- 3) de lei municipal contrária à Constituição Federal não é possível o controle concentrado no STF ou no TJ, e sim o controle difuso somente, por falta de previsão constitucional. Resta apenas, repito, o controle difuso. Todavia, se o STF entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazida pela Lei nº 9.882/99, pode ser instrumento jurídico para coibir atos abusivos dos Poderes Públicos (Legislativo e Executivo), será possível o controle de constitucionalidade repressivo de lei municipal contrária à Constituição Federal. O STF entende não ser possível o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, apesar do art. 125, § 2º, da CF/88, visto que as decisões no controle concentrado possuem efeito *erga omnes*, no âmbito estadual, e isto vincularia o próprio STF, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição Federal (MORAES, 2000, p. 444). Logo o Tribunal de Justiça respectivo somente tem competência para as ADIns de lei municipal ou estadual em face da Constituição Estadual. Neste particular, diante da minha independência funcional, *data venia*, ousou discordar do entendimento de alguns colegas de carreira, pois em lei municipal contrária à Constituição Federal não cabe controle concentrado (às vezes, usados em ação civil pública), e sim o controle difuso ou aberto, em qualquer espécie de ação, o que será analisado nesta tese, sem prejuízo de o STF analisar se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazida pela Lei nº 9.882, pode ser instrumento jurídico para coibir atos abusivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o que poderá redundar no controle de

constitucionalidade repressivo de lei municipal contrária à Constituição Federal;

- 4) de lei distrital contrária à Constituição Federal. O art. 102, I, "a", da CF/88, não previu essa hipótese; mas, pela análise do art. 32 da CF/88, como o Distrito Federal possui as mesmas competências legislativas de Estado e Município, por interpretação lógica, quando o Distrito Federal estiver no exercício de sua competência legislativa estadual, a ADIn deverá ser proposta no STF; todavia, estando no exercício de sua competência municipal, somente restará o controle difuso e não concentrado, salvo se for lei distrital contrária à Constituição Estadual, pois, nesse caso, a Constituição Federal autoriza o controle concentrado e a ADIn será julgada pelo Tribunal de Justiça (art. 125, § 2º, da CF/88).

Por fim, a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, trazendo, pois, normas de caráter processual/instrumental das citadas ações.

Ressalve-se que foram regulamentados por essa lei os arts. 102 e 103 da Carta Magna.

## 1.2.2 Controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto

O controle difuso ou aberto é aquele que busca a declaração de inconstitucionalidade em concreto, ou seja, depende da existência de um caso concreto.

A idéia desse controle, exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o juiz Marshal, da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei.

É conhecido como via de defesa, sugerindo que seja feito em contestação. Contudo, pode ser utilizado também nas ações constitucionais do *habeas corpus act* e de mandado de segurança e nas ações ordinárias.

O art. 97 da Carta Cidadã não proíbe que o juízo monocrático realize o controle difuso, inclusive de ofício, pois trata-se de matéria de ordem pública. No entanto, sendo Tribunal, o artigo exige a cláusula de reserva de plenário.

No controle difuso, a regra é que os seus efeitos sejam: *ex tunc*, porém, *intra partem*, ou seja, somente para as partes processuais, e não para terceiros na mesma situação jurídica.

A exceção a essa regra surge no controle difuso do art. 52, X, da CF/88 feito pelo Poder Legislativo (Senado Federal), em que o efeito será *erga*

*omnes*, porém, *ex nunc* (somente a partir da publicação da resolução do Senado Federal), por expressa previsão constitucional.

Por fim, segundo entendimento pessoal deste Promotor de Justiça, o controle difuso também poderá ter como exceção a seus efeitos conhecidos (*ex tunc* e *intra partem*), via ação civil pública, os efeitos *ex tunc* e *erga omnes* (este último, com análise apurada, ou seja, somente se o instrumento jurídico — ação civil pública — não for usado como via oblíqua, como rótulo ou paralelo de ação direta de inconstitucionalidade, como será minuciosamente exposto *infra*).

Como descrito *suso*, o controle difuso é feito pelo Tribunal (ações de competência originária) ou pelo Magistrado, caso haja lei municipal, estadual ou federal contrária à Constituição Federal ou Constituição Estadual.

As diferenças básicas do controle difuso para o controle reservado ou concentrado são:

- a) no controle difuso não se exige legitimidade predeterminada, podendo qualquer pessoa prejudicada exercê-lo por si mesma ou por seu substituto processual, se previsto em lei, desde que satisfaça os pressupostos processuais e as condições da ação;
- b) é possível ser analisada a inconstitucionalidade de lei municipal ou distrital (com competência legislativa municipal) em face da Constituição Federal, o que, no controle concentrado, não é possível.

Preleciona Cappelletti<sup>3</sup> “[...]que o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países do *common law*, denominando-os de *descentralizado* ou *difuso*, é confiado a todos os Tribunais do país. Esses Tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais.” E continua: “Este controle não acarreta a anulação da lei ou ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.”

A diferença essencial ou substancial entre o controle difuso e o concentrado reside no fato de que, no primeiro, a pronúncia do Judiciário não é feita sobre o pedido da petição inicial, e sim sobre questão prévia (questão prejudicial), indispensável ao julgamento do mérito.

Logo, é prevista na causa de pedir e não no pedido, sendo, repito, uma decisão *incidenter tantum*, decidida como prejudicial ao mérito, não fazendo, por conseguinte, coisa julgada. Assim, não vinculando o STF ao decidido, permite-se, em ADIn, julgar de forma diferente e com a força do instituir da coisa julgada.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro (apud MORAES, 2000, p. 444).

Portanto, o controle difuso não expurga a lei do ordenamento jurídico, mas somente o controle concentrado. Esse é o raciocínio sistemático.

A questão da inconstitucionalidade declarada na ação civil, portanto, não faz efeito *erga omnes* nem coisa julgada, pois atinge a parte fundamentadora da sentença.

No pedido, o efeito é *erga omnes*, pois trata-se de ação civil pública e faz coisa julgada. Ora, para se chegar ao pedido, ou seja, ao mérito, é pressuposto lógico que o magistrado supere a inconstitucionalidade na parte fundamentadora, mas sem dar-lhe efeito *erga omnes*, pois senão estaria usurpando função do STF.

Nesse sentido, Mazzilli (1996, p. 163-164) leciona que:

[...] não há como negar o cabimento de ações civis públicas para impedir lançamento ou cobrança de tributos com base em lei inconstitucional. A inconstitucionalidade da lei será argüida *incidenter tantum*, apenas para servir de fundamento ao eventual acolhimento do pedido, *que é de nulidade dos lançamentos feitos com base naquela lei. Inconstitucional e não de inconstitucionalidade em si da própria lei*. Da mesma forma que nesse caso caberia mandado de segurança, também caberá a ação civil pública para defesa dos interesses coletivos (no exemplo, com o objetivo de considerar nulos todos os lançamentos feitos com base na lei) ou de interesses individuais homogêneos (para determinar a restituição de quanto foi indevidamente cobrado e recolhido).

Assim, além das ações expressamente referidas na Lei n. 7.347/85 (condenatórias; cautelares e de execução), é possível aos legitimados do art. 5º ajuizar qualquer ação civil pública tendente à defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos—conclusão a que se chega a partir da interpretação integrada do art. 21 da Lei nº 7.347/85 e do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor. (grifo nosso).

Todavia, *data maxima venia*, devemos lembrar que, apesar de a inconstitucionalidade ser *incidenter tantum* (questão prejudicial — parte fundamentadora), a ação civil pública possui efeito *erga omnes* no pedido, o que constitui uma exceção no controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto, cujo efeito é *intra partem*. Basta imaginar interesse metaindividual

difuso em jogo, cujos titulares são indetermináveis e o efeito *erga omnes* atinge a todos (e não as partes de um processo).

Assim, o controle difuso com efeito *erga omnes*, em tema de inconstitucionalidade, apesar dessa não fazer coisa julgada (questão prejudicial), pode servir como ADIn, na medida em que a extensão do efeito *erga omnes* é irrestrita, genérica, atingindo titulares indetermináveis (todos os municípios ou todos os cidadãos do Estado-Membro).

Nessa linha de raciocínio, *data maxima venia*, esse efeito *erga omnes* na ação civil pública deve ser restrito/limitado, por ter essa ação um efeito que é uma exceção no controle difuso, cujo efeito, de regra, é sempre *intra partem*; pois, do contrário, a ação civil pública será rótulo de uma ADIn *sui generis*, sem legitimação da parte autora e sem competência de julgamento do órgão monocrático, causadora de tumulto processual, carecedora de falta de técnica e sem observância ao sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, em prejuízo do protetor nato da Constituição Federal, o Superior Tribunal Federal.

Os efeitos *erga omnes* no controle difuso, se genéricos e irrestritos, serão, via oblíqua, forma de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn - Controle Concentrado), sob o rótulo de ação civil pública, diante da combinação perigosa: controle difuso de constitucionalidade (declaração de inconstitucionalidade) *versus* efeito *erga omnes* no pedido.

Dessa forma, é preciso analisar a extensão dos efeitos *erga omnes* da ação civil pública, quando cuida de controle difuso de constitucionalidade das leis, para evitar usurpação de função e decisões judiciais contraditórias, em prejuízo do Poder Judiciário. Nesse particular, assume relevante importância conhecer qual espécie de interesse metaindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) está em foco, pois, conhecer-se-á a extensão dos efeitos *erga omnes* da ação civil pública.

## 2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INTERESSES METAINDIVIDUAIS OU TRANSINDIVIDUAIS

A ação civil pública (ou ação coletiva, denominada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC) define-se como toda aquela proposta pelo Ministério Público e demais legitimados ativos, com a finalidade de pleitear tutela jurisdicional a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ligados, por exemplo (rol exemplificativo), ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico/estético/histórico/turístico e paisagístico

<sup>4</sup> O conceito de *patrimônio público* repousa na Lei da Ação Popular (art. 4º da Lei nº 4.717, de 29.06.1965).

(patrimônio cultural), bem como controle popular sobre os atos dos poderes públicos que causem prejuízo ao patrimônio público<sup>4</sup> por improbidade administrativa, visando à reparação e aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da CF/88:

A Lei nº 7.347, de 24.07.1985, marcou época no Direito brasileiro. Além de ser pioneira na materialização dos interesses metaindividuais, serviu de base para o surgimento de outras leis similares, que especializaram tais interesses como, por exemplo:

- a) Constituição Federal de 1988, art. 129, III, consagrando a legitimidade do *Parquet* e ampliando o rol dos interesses metaindividuais previstos no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (rol exemplificativo: “[...] e de outros interesses difusos e coletivos”);
- b) Lei nº 7.853, de 24.10.1989, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência;
- c) Lei nº 7.913, de 07.12.1989, visando à responsabilidade pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários;
- d) Lei nº 8.069, de 13.07.1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA;
- e) Lei nº 8.429, de 02.06.1992, visando à responsabilidade e sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, bem como responsabilidade pelos atos atentatórios aos princípios da administração pública (moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e outros) ou lesivos ao patrimônio público;
- f) Lei nº 8.884, de 11.06.1994, visando à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica.

Importante ressalva é no sentido de a Lei nº 7.347/85 ser norma processual geral para a tutela dos interesses supra-individuais, aplicando-se a todas as outras leis destinadas à defesa desses interesses, bem como ao Código de Processo Civil subsidiariamente.

A ação civil pública visa à tutela em juízo dos interesses metaindividuais, transindividuais ou supra-individuais.

Capez (1997, p. 5-7), com muita propriedade, distingue os diversos tipos de interesse:

Interesse é a disposição de satisfazer uma necessidade ou desejo.

Interesse privado é o que precipuamente surge e existe em função das necessidades do indivíduo, isoladamente considerado.

Interesse público, a partir dos estudos de Renato Alessi, passou a ser conhecido pela divisão conceitual de interesse público em interesse primário (interesse do bem geral) e interesse secundário (interesse do Estado enquanto administração).

Interesse público primário é o interesse do bem geral, ou seja, o interesse da sociedade ou coletividade como um todo.

Interesse público secundário é o interesse público visto pelos órgãos da Administração, ou melhor, o modo pelo qual os órgãos administrativos vêem o interesse público.

Após essas noções, o professor explica os interesses metaindividuais ou transindividuais:

A partir de 1974, com os estudos de Mauro Cappelletti, sofreu pesada crítica a tradicional dicotomia (divisão lógica de um conceito) de interesse, que reunia, como únicas modalidades, o interesse privado, entendido como interesse individual (surgido nas relações entre as pessoas), e o interesse público secundário (titularizado pelo Estado enquanto Administração Pública).

Cappelletti propugnava a existência de uma zona intermediária de interesse, em que o titular não seria o cidadão, individualmente considerado, nem o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público.

Ao lado de um interesse meramente privado e do interesse público secundário, existe uma categoria intermediária ...

Um interesse é metaindividual quando, além de ultrapassar o círculo individual, corresponde aos anseios de todo um segmento ou categoria social [...] (CAPEZ, 1997, p. 5-7).

Repousa, aí, a origem dos interesses coletivos e difusos.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor – CDC trouxe proteção aos interesses individuais homogêneos, permitindo que tais interesses pudessem ser defendidos coletivamente em juízo, ou seja, transformou direitos similares numa categoria especial de direitos metaindividuais.

O citado professor prossegue, em relação aos interesses individuais homogêneos: “Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas

(litisconsórcio), mas de uma única demanda coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação para tutela desses direitos é sempre coletiva.” (CAPEZ, 1997, p. 5-7).

Assim, a maior novidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor foi a proteção em juízo dos interesses individuais homogêneos em uma só demanda, pois, partindo do princípio de que os interesses são idênticos, uma única solução em uma singular demanda representa economia processual e afasta a possibilidade de decisões judiciais contraditórias.

Para facilitar o conceito de cada um dos direitos metaindividuais, uso de uma fórmula extraída do art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990, considerando que, para analisar se a relação entre os titulares é de fato ou de direito (importante para descobrir qual interesse metaindividual está em jogo), a regra é analisar a situação de um titular do direito supra-individual em relação ao outro, enfim, se entre eles há alguma relação jurídica (contrato de compra e venda, contrato de adesão etc). Senão, vejamos:

- 1) *Interesse difuso*, segundo o art. 81, parágrafo único, I, do CDC é o resultante da seguinte fórmula: titulares indeterminados + ligados entre si por uma situação de fato + objeto indivisível.

Ex.1: os vizinhos que estão interessados no fechamento de uma casa noturna que funciona irregularmente e perturba o sossego da vizinhança (situação de fato: residirem nas imediações);

Ex.2: os expectadores ou eventuais adquirentes de produto cuja publicidade, enganosa ou abusiva, é veiculada pela televisão (os titulares são indeterminados, entre eles há uma relação de fato e o objeto é indivisível); o direito de todos de respirar ar saudável, sem poluição etc.

- 2) *Interesse coletivo*, segundo o art. 81, parágrafo único, II, do CDC, é o resultante da seguinte fórmula: titulares determinados ou determináveis + ligados entre si por uma situação de direito — objeto indivisível — ou seja, na medida em que não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares, pois, atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indiscriminadamente.

Ex.1: os associados/filiados estão ligados por um vínculo jurídico (sindicalizados/associados/filiados) e titularizam o interesse coletivo de combater cobrança de taxa de iluminação pública.

Ex.2: pais de alunos de escola particular (ligados por contrato de adesão-matrícula) visando combater aumentos ilegais e abusivos da mensalidade. Caso os pais queiram, além de combater preventivamente os aumentos de mensalidade, exigir que sejam restituídos os valores eventualmente pagos individualmente, temos o interesse individual homogêneo (objeto divisível).

vel – dar a cada pai aquilo que é seu, ou seja, aquilo que pagou indevidamente. O STF já se manifestou nesse sentido).

- 3) *Interesse individual homogêneo*, segundo o art. 81, parágrafo único, III, do CDC, é o resultante da seguinte fórmula: titulares determinados ou determináveis + ligados entre si por uma situação de fato + objeto divisível.

Ex.1: diversos consumidores que comprem um lote de produtos fabricados em série, com o mesmo defeito.

Ex.2: explosão do Shopping de Osasco/SP. Entre as pessoas feridas e mortas, que por lá passeavam, havia relação de fato, eram titulares determináveis; logo, o objeto de uma reparação de danos materiais e morais será divisível. Cada um desses titulares sofre uma tragédia pessoal (um perdeu o pai, a mãe; outro perdeu o irmão; outra sofreu lesão corporal grave etc); todavia, o interesse deles é idêntico: indenização por danos materiais e morais.

Ex.3: atualmente, há três interesses individuais homogêneos, ligados à função institucional do *Parquet*, de grande relevância em juízo, muito controvertidos, no tocante ao tema *Acesso à Educação* (ECA): a) transferência, pelas redes de ensino do Município ou Estado, de um aluno de uma escola para outra, com grande ônus financeiro; ou, ainda, transferência de uma escola de um local para outro – como é cediço, o Estado e o Município têm discricionariedade para tanto; o que se discute, no entanto, é que o Estado e Município não podem limitar o acesso à Escola, pelo que deve ser observado no caso concreto; b) evasão escolar (a criança tem idade escolar, matricula-se e não vai à escola) ou, ainda, não chega a ser levada à escola; c) o Estado e o Município limitam o acesso da criança à escola, pelo critério de idade (a partir de 5 anos – Município e, de 7 anos – Estado, ou outras faixas, dependendo da região brasileira), sem que tal critério mínimo esteja previsto no ECA. O ECA apenas estipula o dever de educação.

Os alunos e o direito de acesso à educação são ligados entre si por uma situação de fato; os titulares são determináveis e o objeto é divisível (retorno à escola pioneira, entrada no ensino, afastamento, a idade mínima etc).

Importante destacar que, num mesmo evento, é possível haver mais de um interesse metaindividual a ser buscado em juízo. No caso da explosão do Shopping de Osasco/SP, já referido, vimos que o direito de indenização entre as vítimas que ali passeavam constitui direito individual homogêneo. O interesse difuso, preexistente à explosão, denotava-se nos vizinhos, lojistas e também no público, todos com direito à construção firme e existência de normas de segurança no Shopping. Com base nesse direito difuso e se fosse conhecido o risco da explosão, poderiam ser defendidos coletivamente em juízo.

Após a explosão, com as consequências, surge o direito individual homogêneo. Todavia, se considerarmos os lojistas, eles tinham com o Shopping uma relação de direito (contrato), eram determináveis e perderam suas lojas na explosão (interesse coletivo).

Em relação ao interesse individual homogêneo, surge uma controversa questão, que é a legitimidade *ad causam* do Ministério Público.

Questiona-se: o Ministério Público tem legitimidade para defender qualquer interesse individual homogêneo, uma vez que o art. 129, III, da CF/88, apenas lhe confere ampla legitimidade para defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo?

Corrente 1: sim, pode proteger qualquer interesse individual homogêneo;

Corrente 2: não, o *Parquet* não tem legitimidade para defender interesse individual homogêneo;

Corrente 3: o *Parquet* somente tem legitimidade para a propositura da ação civil pública visando à proteção de interesse individual homogêneo se estiver previsto em lei como uma de suas funções institucionais — é a chamada representatividade adequada ou pertinência temática.

Filho-me à última corrente, diante da sistemática adotada em nossa legislação para a intervenção do Ministério Público. Nesse sentido, andou bem o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo ao sumular a representatividade adequada do *Parquet*, na defesa de interesses individuais homogêneos, nos seguintes casos:

- 1) quando disser respeito à saúde e à segurança das pessoas em geral ou ao acesso de crianças e adolescentes à educação (basta recordar o exemplo da defesa dos pais de alunos, pelo *Parquet*, referente às mensalidades escolares abusivas ou ilegais e à restituição dos valores pagos);
- 2) quando houver extraordinária dispersão dos lesados (basta recordar o exemplo da explosão do Shopping de Osasco/SP ocasionando a indenização de danos morais e materiais das pessoas que por lá passeavam. Outro exemplo seria o desastre com o avião da empresa aérea TAM, que caiu em São Paulo, atingindo casas, ferindo e matando passageiros e vizinhos);
- 3) quando convier à coletividade o zelo pelo funcionamento de determinado sistema social, econômico ou jurídico.

De forma clara, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais explica as espécies de interesses supra-individuais, no acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. Páris Peixoto Pena:

Valho-me, neste desiderato, dos escólios de

Kazuo Watanabe, que, em obra da lavra dos autores do anteprojeto da Lei nº 8.078/90, utiliza o exemplo dos contribuintes do imposto de renda para demonstrar o que é direito coletivo e diferenciar seu conceito do de direito difuso, no qual seus titulares são indeterminados: 'Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida.' [...]

E o autor usa o mesmo exemplo para diferenciar direito coletivo de interesse individual homogêneo: 'Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão.' [...] (MINAS GERAIS, 1999).

### 3 LIMITES ENTRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Diante do sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado pela nossa Constituição Federal e, ainda, da natureza da ação civil pública e de seus efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, uma grande questão deve ser discutida e pensada pelos nossos Pretórios, principalmente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o guardião da Constituição: É possível o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública?

Da resposta a essa pergunta, inúmeras conseqüências serão trazidas à baila, e a principal delas, caso a resposta seja negativa, será a declaração pelos tribunais brasileiros e do próprio STF, nas diversas ações civis públicas ajuizadas visando ao controle difuso de constitucionalidade, de carência de ação (falta de condição da ação), consistente na ausência de interesse de agir/adequação, a saber, uso equivocado de instrumento processual ou, para outros, dependendo do enfoque dado, de ausência de possibilidade jurídica do pedido, pois, a ação civil pública não pode ser forma paralela de controle de constitucionalidade difuso geral e irrestrito, por fazer papel de ADIn e vincular o próprio STF, quebrando o sistema pátrio de o STF ser o guardião da Constituição Federal.

Nesse ponto, muito cuidado é preciso, pois a matéria é polêmica e envolve o raciocínio jurídico extraído da Hermenêutica Jurídica, consistente na conjugação da interpretação doutrinária/jurisprudencial, com a interpretação sistemática (análise da compatibilidade da ação civil pública com efeito *erga omnes*, com o controle repressivo de constitucionalidade via exceção ou defesa/controlado difuso). A questão que surge é: é possível o controle difuso de

constitucionalidade na ação civil pública? E se a ação civil pública, apesar desse rótulo, for usada como ADIn?

A questão é nova e não se encontra pacificada em nenhum tribunal do nosso País.

Diante da ausência de obras e julgados aprofundados sobre o tema, de forma sedimentada e explicativa, peço vênica, sem qualquer pretensão vinculante, mas apenas didática e provocadora de trabalhos sobre o tema, para apresentar tese sobre a questão, com base no sistema de controle de constitucionalidade de leis adotado no Brasil, e ainda, diante do princípio (quase dogma) de ser o STF o guardião da Constituição Federal e, de regra, o responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade, na espécie concentrada ou reservada, ou seja, responsável pelo julgamento de lei estadual ou federal contrária à Constituição Federal, apenas admitindo como exceções as ingerências *suslo* arroladas dos Poderes (funções) Legislativo e Executivo, diante do sistema do *check and balance*.

Adotando todos esses parâmetros, é possível ação civil pública pleiteando controle difuso de constitucionalidade, desde que os efeitos *erga omnes* sejam para uma categoria limitada de protegidos (associados, legitimados), defendidos por seus substitutos processuais, e não para toda a sociedade. Enfim, se o efeito *erga omnes* for geral e irrestrito, não é possível o uso da ação civil pública; no entanto, se visar a grupos ou categorias de pessoas, de forma restrita, entendo ser possível.

Portanto, imprescindível conhecer qual interesse metaindividual está sendo protegido (difuso, coletivo ou individual homogêneo) e analisar a extensão que o efeito *erga omnes* da ação civil pública provocará.

Dessa forma, usando a interpretação doutrinária, conjugada com a sistemática, tudo o que foi exposto acima para o controle difuso aplica-se na ação civil pública, com uma única diferença: o controle difuso realizado na ação civil pública não pode substituir uma ADIn, pois, do contrário, vincularia o próprio STF, nos limites da competência do juiz prolator da ação civil pública, usurpando competência constitucional reservada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Por conseguinte, a minha conclusão é a de que o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, se tiver como objeto interesse metaindividual:

- a) difuso – de regra, não será possível o uso da ação civil pública;
- b) coletivo – de regra, será possível o uso da ação civil pública;
- c) individual homogêneo – sempre será possível o uso da ação civil pública.

Portanto, o que é autorizado aos autores da ação civil pública, seja qual legitimado for, é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-los, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato

inconstitucional.

Todavia, como a ação civil pública possui efeito *erga omnes* em seu pedido, é preciso analisar se tal efeito será restrito a um grupo ou categoria de pessoas, ou irrestrito.

Se for irrestrito, a ação civil pública é instrumento processual *camaleão*, pois visa fazer papel de ADIn, sem legitimidade predefinida e sem competência do órgão julgador.

Se o efeito da ação civil pública *erga omnes* for restrito, o instrumento processual será válido e eficaz, sem quebrar a viga mestra do sistema, qual seja, a premissa maior de ser o STF o órgão responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade concentrado. Nesse caso, por exemplo, o controle difuso feito na ação civil pública fará com que a lei municipal permaneça válida, vigente e eficaz para todos (pois somente pelo controle concentrado é que se poderia expurgar a presente lei do cenário jurídico), salvo no tocante à forma como é feita, que terá vigência, mas não eficácia, para as partes processuais defendidas na ação civil pública. Nessa hipótese, o Ministério Público ou outro legitimado estará respeitando o sistema pátrio, e o magistrado, ao fazer o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, sucederá ao Juiz Marshal, da Suprema Corte Americana (1803), no sentido de usar de sua atividade jurisdicional para aplicar e interpretar a lei. Assim, percebendo contradição entre a lei municipal e a Constituição Federal, o nobre magistrado aplicará a última, por ser hierarquicamente superior a qualquer lei do Poder Legislativo, usando a Hermenêutica Jurídica, ciência da interpretação das leis, própria de sua atividade, sem, contudo, violentar o STF.

Assim, a título de esclarecimento, vejamos um exemplo:

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 8º, III, permite ao sindicato a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, funcionando como verdadeiro substituto processual expressamente previsto em lei.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), no seu art. 5º, I e II, permite que associação ajuíze a presente ação, desde que presentes dois requisitos:

- a) seja constituída há pelo menos 1 ano, nos termos da lei civil;
- b) tenha finalidade institucional compatível com os interesses individuais homogêneos defendidos. Trata-se, a meu ver, de pertinência temática, de relação de adequação.

Noutro giro, esse requisito da pré-constituição da pessoa jurídica poderá ser dispensado pelo juiz quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou, ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Por essa previsão, surge corrente jurídica que

entende que a sociedade de fato pode proteger interesse transindividual. O mesmo se diga para quem não possui personalidade jurídica.

Se uma ação civil pública proposta por uma associação, na defesa de seus associados, apenas produzir efeitos *erga omnes* para os substitutos processuais, diante, por exemplo, de um interesse coletivo (titulares determinados ou determináveis + ligados entre si por uma situação de direito, ou seja, relação jurídica com as associações respectivas + objeto indivisível, isto é, na medida em que não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares, pois, atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indiscriminadamente), nada impede a aplicação do controle difuso de constitucionalidade como *incidenter tantum* na presente ação.

Mas, anote-se o seguinte: caso o Ministério Público ou outro legitimado ajuizasse a ação civil pública visando a interesse metaindividual difuso (titulares indeterminados + ligados entre si por uma situação de fato + objeto indivisível), apesar de a declaração de inconstitucionalidade ser questão prejudicial no controle difuso, sem operar coisa julgada (atinge a parte fundamentadora), o efeito *erga omnes* da ação civil pública atingiria toda sociedade municipal ou estadual e, nesse caso, repito, apesar de o controle de constitucionalidade ser difuso e não concentrado e, ainda, não fazer coisa julgada (a decisão sobre a inconstitucionalidade), claramente observar-se-ia que, via oblíqua, a ação civil pública estaria rotulada como tal, mas, na verdade, estaria sendo instrumentalizada, como uma ADIn Municipal ou Estadual, sem que houvesse legitimidade do autor para tanto e competência do magistrado para tal decisão, na medida em que o guardião da Constituição Federal é o STF.

Assim, apesar de ser o mecanismo processual ideal, visto que seria instrumento hábil para controlar inconstitucionalidade de leis municipais, dando à ação efeito *erga omnes*, o que não é possível via controle concentrado, pois não é possível o controle concentrado de lei municipal contrária à Constituição Federal, constataríamos que a ação civil pública estaria substituindo a ADIn, o que é inadmissível.

O Ministério Público, nesses casos, deve valorizar o maior instrumento posto a sua disposição (ação civil pública) e não usá-lo para outros fins (ADIn), pois acima de qualquer outra finalidade, o *Parquet* é o eterno *custos legis*, devendo velar pelo regime jurídico e sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil.

Para Slaib Filho (1994, p. 152), o Ministério Público brasileiro:

a) *dos Estados Unidos*, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação

de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resqúcio de poder participar da política partidária, ainda que hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127);

b) *da Europa Continental*, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vazo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor de advogado no patrocínio da causa [...] desenvolvendo sob a influência do Novo e Velho Mundo e da simbiose a sua força [...] (grifo nosso).

Assim, deve usar, de regra, a ação civil pública de forma irrestrita e ilimitada como maior instrumento conferido ao Ministério Público entre todas as legislações do mundo. Todavia, quando esta *actio* tiver como questão prejudicial a *inconstitucionalidade de lei*, como controle difuso de constitucionalidade, o *Parquet* deve se ater ao limite que a ação civil pública deve chegar: não ser forma oblíqua de ação direta de inconstitucionalidade, sob o rótulo daquela, de acordo com a extensão do efeito *erga omnes* em relação ao interesse metaindividual em jogo.

#### 4 CONCLUSÃO

A regra impõe que o Poder Judiciário deve se incumbir da missão do controle repressivo de constitucionalidade (art. 102, I, "a", da CF/88), como guardião da Constituição Federal, fator consagrado pelo Poder Constituinte Originário de 05.10.1988. Dessa forma, somente as exceções alhures citadas, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo (sistema de freios e contrapesos) são permissíveis, no sistema jurídico-constitucional pátrio, de exercerem o controle repressivo de constitucionalidade, sem que isso represente a quebra da *viga mestra* do sistema.

De acordo com o sistema de controle de constitucionalidade repressivo das leis e do precípuo guardião da Constituição (STF), exceções feitas aos Poderes (funções do Poder) Legislativo (arts. 49, V, 52, X, e 62, todos da CF/88) e Executivo (por seu chefe máximo, ao negar vigência à lei por entendê-la inconstitucional), diante do sistema de freios e contrapesos (independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF/88), conclui-se que há limites entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, o que impede o

uso indiscriminado daquela, salvo se o efeito *erga omnes* for restrito, e não amplo e ilimitado.

Assim, o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, se tiver como objeto interesse metaindividual, a) *difuso* — de regra, não é possível o uso da ação civil pública visando, na parte fundamentadora (questão prejudicial), à inconstitucionalidade de lei; b) *coletivo* — de regra, é possível o uso da ação civil pública, visando, na parte fundamentadora (questão prejudicial), à inconstitucionalidade de lei; c) *individual homogêneo* — sempre será possível o uso da ação civil pública, visando, na parte fundamentadora (questão prejudicial), a inconstitucionalidade de lei.

No caso de uso inadequado, percebendo isso, o juiz ou tribunal deve extinguir o processo formado pela ação civil pública, sem julgamento do mérito, por carência de ação: falta de interesse de agir (adequação) ou, para outros, falta de possibilidade jurídica do pedido.

Todavia, para o Ministério Público (Instituição que com orgulho defende) exercer sua função de defensor da sociedade e da ordem jurídica e não ficar limitado nos casos em que o controle difuso de constitucionalidade feito por ação civil pública seja juridicamente impossível, o que representaria uma *capitio diminutis*, resta, por boa técnica jurídica e sem prejuízo de sua força social e prerrogativas constitucionais invejáveis em outras legislações mundiais:

- 1) *no caso de lei municipal ou estadual contrária à Constituição Estadual*: oficiar e representar ao Procurador-Geral de Justiça do seu Estado, para informar sobre possível controle *concentrado* de constitucionalidade da lei municipal ou estadual contrária à Constituição Estadual, a ser feito no Egrégio Tribunal de Justiça respectivo;
- 2) *no caso de lei estadual contrária à Constituição Federal*: oficiar ao procurador-geral da República e demais legitimados do art. 103 da CF/88, extraindo-se cópia de seu Parecer, a fim de que os legitimados, caso entendam ser inconstitucional a Emenda Constitucional, promovam a ADIn prevista no art. 102, I, “a”, da CF/88, pois os mesmos possuem legitimidade para tanto (art. 103 da Carta Máxima);
- 3) *no caso de lei municipal ou distrital (na competência de Município) contrária à Constituição Federal*: como não é possível o controle concentrado por ADIn ou ação declaratória de constitucionalidade, pelas razões estudadas, e não sendo o caso de ação civil pública (pois, se for cabível, a questão fica resolvida de forma irrestrita e geral), resta-lhe:
  - a) oficiar aos legitimados (entre eles o Procurador-Geral da República), para efeito de promover a arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazida pela Lei nº 9.882/99, incumbindo ao STF o entendimento de que o novo instrumento jurídico poderá ser o remédio heróico para coibir atos abusivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo Municipal, o que poderá surtir efeito no sentido do controle de constitucionalidade repressi-

- vo de lei municipal contrária à Constituição Federal;
- b) orientar associações, sindicatos etc., que ajuízem ação civil pública, com controle difuso, mas com efeito *erga omnes* restrito a seus substitutos processuais, razão pela qual não há que se falar que tal ação faz papel de ADIn, pois o resultado final ficará restrito a uma categoria e não a todo município;
  - c) orientar a própria sociedade que ajuíze ações individuais visando ao controle difuso com efeitos *intra partem* e *ex tunc*, casos em que o *Parquet* atuará como *custos legis*;
  - d) officiar à Câmara de Vereadores (no caso de leis municipais) ou à Câmara Legislativa (no caso do Distrito Federal atuando na sua competência municipal) para, com todo respeito, expor os fatos e sugerir a revogação daquela lei, sob pena de indenização por perdas e danos aos munícipes contra o Poder Legislativo, diante da inconstitucionalidade cristalina;

Esses são os caminhos jurídico-técnicos a serem adotados, de acordo com o sistema de controle de constitucionalidade consagrado no Brasil, pelo Poder Constituinte Originário responsável pela Constituição Federal de 05.10.1988.

### Referências Bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Curso MPM: Curso preparatório aos concursos de ingresso nas carreiras jurídicas, 1997. Apostila.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 000.140.099-3/00 – Comarca de Patos de Minas. Apelante (s): 1º) O juízo – 2º) Município de Patos de Minas. Apelado (s): União Sindical de Patos de Minas e outros. Relator: Des. Páris Peixoto Pena. Belo Horizonte, 11 de maio de 1999. *Minas Gerais: Órgão Oficial dos Poderes do Estado*. Diário de Justiça, 18 maio 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

# O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A expressão controle social no Sistema Único de Saúde – 3 Poder-dever do Ministério Público em participar da efetivação do controle social – 4 Alguns dos mecanismos por meio dos quais o Ministério Público contribuirá para a efetivação do controle social no Sistema Único de Saúde – 5 Execução administrativa e/ou judicial das decisões/deliberações do Conselho de Saúde: participação do Ministério Público – 6 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

No Estado de Minas Gerais, somente por meio da Lei Complementar estadual nº 61 (art. 61), de 12.07.2001, foi instituída a Curadoria da Saúde no âmbito do Ministério Público, em todas as comarcas do Estado.

Neste trabalho, com arrimo nos arts. 129, II, 197 e 198, III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88, entre outros, propugnar-se-á por um Ministério Público participativo em tema de saúde pública. Isso implica a idéia de que será tratado aqui não apenas o fortalecimento e/ou a efetivação do controle social no Sistema Único de Saúde – SUS, mas também deverá restar subjacente a dimensão social, política e prática dessa espécie de atuação por parte da comunidade.

Em breve abordagem, falar-se-á sobre o alcance da locução *controle social* no âmbito do SUS.

Por fim, este artigo assenta-se na premissa de que o Ministério Público, ao se propor a participar da efetivação do controle social no SUS, precisa, antes de mais nada, compreender o papel histórico e institucional dos Conselhos de Saúde, até mesmo para auxiliá-los em sua atuação.

Daí, ter havido o estudo, ainda que sujeito a novas reflexões, da legitimidade ativa ou não dos Conselhos de Saúde no que diz respeito à defesa judicial dos usuários do SUS, entre outros assuntos que serão analisados.

Em resumo, as informações reunidas neste trabalho terão por escopo propiciar a visão parcial sobre a problemática do SUS, especialmente por parte daquelas pessoas que vierem a estabelecer contato com o tema a partir deste estudo.

## 2 A EXPRESSÃO CONTROLE SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Inicialmente, deve-se deixar registrado que, do ponto de vista etimológico, o vocábulo *controle*, segundo Silva (1999) é:

**CONTROLE.** Derivado do francês *contrôler* (registrar, inspecionar, examinar) ou do italiano *controllo* (registro, exame), admitiu-se o vocábulo na técnica comercial para indicar a *inspeção* ou *exame*, que se processa nos papéis ou nas operações, registradas a cada instante, nos estabelecimentos comerciais:

Significa, assim, a *fiscalização organizada* dentro do próprio estabelecimento para *controlar* todos os negócios que se vão realizando, seja por meio das conferências imediatas, seja por meio de registros especiais, que vão anotando tudo o que se vai fazendo.

[...]

Assim sendo, adaptando essa definição para o presente caso, pode-se dizer que o controle social é justamente a fiscalização realizada pela comunidade e organizada dentro do próprio SUS, para controlar todas as ações e serviços que se vão realizando ou que serão realizados, seja por meio da institucionalização desse controle no plano de saúde (função deliberativa do Conselho), seja na forma da Resolução nº 33 do Conselho Nacional de Saúde, de 23.12.1992, que aprovou o documento *Recomendações para a Constituição e Estruturação de Conselhos Estaduais e Municipais*, exercendo assim, exemplificativamente, as seguintes atribuições, nitidamente de controle:

- 1) “atuar na formulação e controle da execução da política de saúde, incluídos seus aspectos econômicos, financeiros e de gerência técnico-administrativa;” [no âmbito municipal, implica a idéia de participação do Conselho na discussão e na implementação das medidas adotadas pela Prefeitura, que estejam voltadas para a proteção da saúde no município, tais como o acompanhamento diuturno do emprego dos recursos recebidos pela municipalidade do Fundo Nacional de Saúde ou provenientes do orçamento municipal para a área: em caso de irregularidades, levá-las ao conhecimento do Tribunal de Contas, da Secretaria de Estado da Saúde, do Ministério da Saúde e do Ministério Público. Deverá opinar sobre a contratação de pessoal da saúde e a política de sua remuneração e ascensão funcional, a ser concretizada mediante elaboração do ‘Plano de Car-

reira, Cargos e Salários – PCCS’, consoante exigência do art. 4º, VI, da Lei nº 8.142, de 28.12.1990. Noutras palavras, elaborado o conjunto de medidas na área da saúde, elas deverão ser submetidas à aprovação do Conselho Municipal de Saúde, para posterior homologação ou não pelo Prefeito Municipal, em se tratando do Conselho local];

- 2) “estabelecer estratégias e mecanismos de coordenação e gestão do SUS, articulando-se com os demais colegiados em nível nacional, estadual e municipal;” [indicar meios ou caminhos pelos quais a administração pública possa alcançar melhor resultado na gerência do SUS] [assessoria técnica ou parecer de especialista];
- 3) “traçar diretrizes de elaboração e aprovar os planos de saúde, adequando-os às diversas realidades epidemiológicas e à capacidade organizacional dos serviços;” [o plano de saúde será elaborado pelo Poder Executivo, contando com sugestões ou com dados levantados pelo Conselho de Saúde, cabendo a esse ator social apreciá-lo para fins de aprovação ou não, sob pena de o responsável pelo cerceamento dessa prerrogativa do Conselho (gestor público) responder por ato de improbidade administrativa];
- 4) “propor a adoção de critérios que definam qualidade e melhor resolutividade, verificando o processo de incorporação dos avanços científicos e tecnológicos na área;” [o Conselho de Saúde necessitará de suporte técnico ou de parecer de especialista, a fim de sugerir ao poder público a escolha, por exemplo, de equipamento de alto custo e complexidade];
- 5) “propor medidas para o aperfeiçoamento da organização e do funcionamento do SUS;” [dependerá, igualmente, de assessoria técnica];
- 6) “examinar propostas e denúncias, responder a consultas sobre assuntos pertinentes a ações e serviços de saúde, bem como apreciar recursos a respeito de deliberações do Colegiado;” [O processo para tal fim deverá estar previsto no Regimento Interno do Conselho, com o detalhamento do procedimento próprio, até a fase recursal, cabendo ao gestor do SUS executar, administrativamente, as deliberações do colegiado. Isto porque não compete ao Conselho de Saúde fazer as vezes da administração pública, mas apenas coadjuvar qualificadamente a ação do poder público na área de saúde] [adiante, será melhor analisada a execução das decisões do Conselho];
- 7) “fiscalizar e acompanhar o desenvolvimento das ações e serviços de saúde;” [proceder à colheita de dados junto aos usuários do SUS e junto aos prestadores de serviços, a fim de que, em caso de irregularidades, sejam tomadas as medidas legais – pelo Ministério Público (ação civil pública, inclusive de improbidade administrativa; inquérito civil ou ação penal) ou

pelo município (ação penal; ação civil pública; processo disciplinar contra o servidor faltoso, ou seja, deverá haver o trabalho preventivo por parte do conselho)];

- 8) “propor a convocação e estruturar a comissão organizadora das Conferências Estaduais e Municipais de Saúde;”
- 9) “fiscalizar a movimentação de recursos repassados à Secretaria de Saúde e/ou ao Fundo de Saúde;” [saber sobre o emprego dado aos recursos e, em caso de irregularidades, levá-las ao conhecimento de quem de direito] [assessoria técnica, se for o caso, deverá auxiliar os conselheiros a encontrar o melhor encaminhamento em cada situação analisada] [assessoria contábil];
- 10) “[...] estimular a participação comunitária no controle da administração do Sistema de Saúde;” [por exemplo, convidando a população para participar das reuniões do Conselho, conclamando-a a apresentar sugestões ou eventuais reclamações, divulgando amplamente as decisões porventura tomadas];
- 11) “propor critérios para a programação e para as execuções financeira e orçamentária dos Fundos de Saúde, acompanhando a movimentação e destinação de recursos;” [assessoria contábil];
- 12) “estabelecer critérios e diretrizes quanto à localização e ao tipo de unidades prestadoras de serviços de saúde públicos e privados, no âmbito do SUS;” [sugerir ou opinar sobre as regras estabelecidas pela Administração, que consultem o interesse dos usuários do SUS relativas à localização e ao tipo de unidade prestadora de serviço de saúde público e privado];  
[...]

Como se vê, não cabe ao Conselho de Saúde substituir a administração na formulação e na execução das políticas públicas, independente da área de atuação do Estado.

O escopo do legislador constitucional foi o de forjar a participação popular nos negócios públicos, especialmente naqueles setores onde mais sensivelmente o cidadão é afetado.

Neste diapasão, na Oficina de Trabalho sobre Questões Jurídicas do SUS,<sup>1</sup> a Dr.<sup>a</sup> Cleide Previtali Cais, ao responder à questão “quais os limites político-institucionais da atuação dos Conselhos de Saúde (nacional, estadual e municipal) em relação ao Ministro de Estado ou ao Secretário de Saúde, estadual e municipal?”,<sup>2</sup> disse:

<sup>1</sup> Realizada no Auditório da Organização Panamericana de Saúde – OPAS, em Brasília, no período de 2 a 3 de agosto de 1993, promovida pelo Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde – CNS/MS.

<sup>2</sup> Questão 22, item “g”, p. 145-147.

São órgãos deliberativos e consultivos, mas não podem deliberar sobre assuntos privativos de decisões de chefes de Executivo — isso está na própria lei — ou até do dirigente local do Sistema Único de Saúde.

Os Conselhos podem, por exemplo, enunciar planos municipais ou nacionais de saúde. Eles podem preparar um plano, mas o prefeito e o secretário, em nível municipal, e o Governador e o Secretário de Saúde e Ministro de Estado, em nível superior, tomarão as decisões de suas alçadas. O que eu acho é que os conselhos têm que agir no sistema de colaboração às entidades do Poder Executivo fundamentalmente de fiscalização também, mas sempre respeitando os próprios limites da lei que diz “sem prejuízo das funções do Poder Legislativo.” O Conselho não pode usurpar funções do Poder Legislativo, e o Conselho tem que ter as suas decisões homologadas pelo chefe do Executivo.

São dois parâmetros que, ao meu modo de ver, não impedem o exercício das atividades altamente importantes que lhe foram cometidas.

É uma questão de se respeitar esferas de competência. Como eu disse há pouco, pior do que ter atribuição é exorbitar dela. Acredito que têm que ser respeitados os limites das outras entidades do Poder Legislativo e Executivo.

Se não der certo em tentativas conciliatórias, políticas, eu acredito que o único acesso é o Poder Judiciário. Parece-me que a lei é clara em identificar os limites da atribuição dos Conselhos. Essa matéria é da lei, é privativa da lei. Vamos supor que a lei não identifique claramente que essa lei se revele inadequada porque ela não pegou algum ângulo que vocês, na implantação dos conselhos, estão encontrando. Então a elaboração tem que ser legislativa, não constitucional. À Constituição cabe ditar normas principiológicas. À legislação cabe identificar os objetos daquelas normas principiológicas. Então, penso que, para a implantação desses conselhos, um caminho é o caminho político, mantendo contatos com as entidades que estão esbarrando na composição desses entes. Caso não conseguindo o entendimento político, eu entendo que se deve recorrer ao Poder Judiciário através do próprio conselho que eu acho que está legitimado para propor uma ação civil pública. É questão de se estudar melhor, ou atra-

vés do Ministério Público mediante representação, estadual ou federal, conforme o nível de problema. A atribuição do Ministério Público Federal é voltada a bens e direitos de ordem federal e a do estadual, no mesmo sentido. E, se assim também não der certo, é lutar por uma alteração legislativa, obtendo uma maior autonomia, afastando essa necessidade de homologação pelo chefe do poder legalmente constituído, afastando essa necessidade da lista tríple na composição, identificando melhor isso, mas por uma lei. (BRASIL, 1993).

Essa perplexidade quanto ao real papel e alcance da atuação dos Conselhos de Saúde decorre, em grande parte, do fato de que tais Conselhos são fruto do movimento de redemocratização brasileira dos anos 80, composto de forças sociais antagônicas que acorreram à Assembléia Nacional Constituinte e cujas principais reivindicações vieram a ser incorporadas ao texto constitucional. Noutras palavras, o consenso foi estabelecido no sentido da incorporação das principais reivindicações dos vários segmentos sociais, pouco importando a sua coerência com os sistemas jurídico e econômico então implantados.

Com extremada acuidade e numa visão crítica deveras salutar, ao tratar do tema *a validade jurídica das decisões dos Conselhos de participação popular*, Lopes (2000, v. 1, p. 23-35) deixou registrado, entre outras assertivas eloqüentes, as seguintes:

[...] A questão da validade das deliberações dos Conselhos que contam com a participação popular ou da comunidade coloca-nos diante de um dos mais complexos problemas da teoria jurídica atual. Validade de determinada forma quer dizer ao mesmo tempo sua pertinência ao ordenamento jurídico e, por consequência, sua obrigatoriedade, ou seja, sua capacidade de criar direitos e obrigações, sua capacidade para criar deveres jurídicos. Nestes termos, se os Conselhos estão incluídos na ordem constitucional e legal, suas decisões pertencem de algum modo ao ordenamento. Pertenceriam na mesma qualidade que uma decisão judicial, ou uma decisão parlamentar com forma de lei, ou um ato administrativo (seja de execução, como os atos de política, seja regulamentação, como os decretos e atos normativos)? Creio que o centro da discussão deve ser temporariamente deslocado para o que fazem os Con-

selhos e para a maneira como deliberam.

[...]

Por causa disto, embora se possa dizer que as decisões dos Conselhos são vinculantes para a Administração, talvez o mais adequado seja dizer que são vinculantes na esfera de autonomia do próprio Conselho e não quando se tratar de esfera em que se exija coordenação de diferentes níveis e esferas de governo.

[...]

Nestes termos, os Conselhos de participação popular poderiam ser um avanço, pois introduziriam em nosso Estado a cunha das grandes massas de marginalizados. Mas para que isso fosse possível duas condições institucionais se apresentam: em primeiro lugar, que a participação nos Conselhos seja limitada aos usuários ou consumidores dos setores produtivos sobre os quais tais Conselhos têm ou podem ter competência. Em segundo lugar, que os mecanismos de participação e eleição estimulem efetivamente a alternância nos cargos ou pelo menos permitam arejar os Conselhos, de modo a evitar que as oligarquias se formem e dominem (lembrando a célebre lei de ferro das oligarquias partidárias expressa por Robert Michels). Tais dispositivos tenderiam a evitar que os Conselhos caíssem na concepção organicista e na cultura do consenso típica do corporativismo (pois os sujeitos da regulação estariam excluídos do Conselho, dificultando a troca dos votos) e dificultariam a consolidação de minorias não representativas.

Não só o corporativismo (facciosismo) é uma ameaça ao desenvolvimento democrático das políticas públicas. O autoritarismo é sua outra face. O autoritarismo tem muitas vezes a face doce do paternalismo (a dominação pelo amor, de que fala José Comblin) e do comunitarismo. A face doce do paternalismo dificulta o surgimento do cidadão autônomo e capaz (Offe e Preuss, 1993). O comunitarismo tende para uma confusão entre o ideal de relações comunitárias próximas (o sonho perdido com a urbanização industrial) e a realidade das opressões cotidianas do pequeno mundo dos horizontes homogêneos. Uma concepção comunitária da vida humana não pode levar-nos a uma concepção comunitarizante de instituições de sociedades comple-

xas: 'a polis pode talvez servir de metáfora à sociedade política moderna; não pode servir-lhe de modelo' (Hirsch, 1992, p. 257). A comunidade tampouco pode ser, do ponto de vista moral, a comunidade real. Ela é um ideal, uma comunidade de sujeitos transparentes e bem-intencionados, ela também é um fim. Não se pode tomar o fim como o dado do qual se parte para a organização dos conselhos. O comunitarismo também pode ser um autoritarismo.

A regulamentação dos Conselhos precisa levar em conta, portanto, dois aspectos contrastantes do fenômeno. Em primeiro lugar, o caráter democrático da experiência, ao dar visibilidade, transparência e publicidade a certos temas que de outra forma ficariam relegados a gabinetes e sujeitos à maior influência dos interesses organizados e consolidados sob a capa da neutralidade do direito adquirido (*status quo*). Impondo a discussão, os Conselhos trazem a paralisia decisória, a corporativização dos espaços de participação e a estreiteza do comunitarismo e do particularismo. Os Conselhos, embora essenciais, só realizam um papel democrático efetivo, se houver instâncias de articulação capazes de propor medidas universais e igualitárias, inclusivas e não exclusivas das massas marginalizadas economicamente ou das minorias oprimidas social e culturalmente.

Pois bem, conforme afirmado anteriormente, o controle social no SUS, a ser feito por meio dos Conselhos de Saúde (nas esferas federal, estadual, distrital e municipal), surgiu, pela primeira vez, na Carta Magna de 05.10.1988, estando previsto no art. 198, III, que estabelece, como uma das diretrizes desse sistema, justamente a participação da comunidade.

Por sua vez, a Lei nº 8.142/90, e o Decreto nº 99.438, de 07.08.1990, disciplinam, em linhas gerais, a composição dos Conselhos de Saúde e a obrigatoriedade de sua implantação para o recebimento de recursos do Fundo Nacional de Saúde por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 4º da Lei nº 8.142/90).

Conseqüentemente, o controle social visa, em última análise, a dar efetividade aos princípios do SUS, especialmente os seguintes: "[...] saúde como direito; universalidade; equidade; integralidade; resolutividade; intersetorialidade; humanização do atendimento e participação (ARANHA; TOJAL, 2002, p. 135-137)."<sup>3</sup>

Schier, (2002, p.115) destacou, incisiva, que:

Assim, os Conselhos são instrumentos que auxiliam a concretização da democracia na medida em que são 'locus' de debate de questões relevantes para a comunidade, servindo, portanto, a 'instrumentalizar as mais diversas vozes sociais'.

De qualquer modo, uma das mais relevantes questões colocadas em relação aos Conselhos refere-se à sua representatividade. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ressalta que, 'para que esse caráter fosse assegurado, seria necessário que seus integrantes fossem eleitos pela própria sociedade e, de preferência, entre pessoas estranhas ao corpo dos Poderes do Estado, o que nem sempre acontece'. De qualquer modo, a autora reconhece que os Conselhos contribuem para uma maior aproximação entre a Administração e o particular.

A observação *supra* vale quanto ao Conselho de Saúde, sendo certo que o servidor público da correspondente esfera de governo, que figurar como conselheiro no segmento dos usuários, conforme o caso, certamente se sentirá inibido em sua atuação, numa espécie de temor referencial em relação ao superior hierárquico.

### **3 PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PARTICIPAR DA EFETIVAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL**

O poder-dever do Ministério Público em participar do controle social decorre do disposto nos arts. 127 e 129, II, da CF/88. Vejamos:

---

Art.127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

Art.129. São funções institucionais do Minis-

---

<sup>3</sup> Alguns desses princípios estarão definidos adiante, de acordo com as palavras de Carvalho (2002), no tópico denominado "a questão do fornecimento de medicamentos aos usuários do Sistema Único de Saúde e a atuação do Conselho."

tério Público:

---

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia

---

A propósito, o magistério do insigne Mazzilli (1989, p. 52) é no sentido de que:

Ora, a Constituição destina o Ministério Público, de forma prioritária, ao zelo dos mais graves interesses da coletividade, ou seja, o dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em outras palavras, ora o interesse a zelar se relaciona de *modo indeterminado com toda a coletividade, ora está ligado a pessoas determinadas, mas sempre na medida em que isto consulte o interesse geral e desde que observada a norma da compatibilidade prevista no inc. IX do art. 129 da Constituição Federal.* (grifo nosso).

Em outra obra, Mazzilli (1993, p. 78) sustenta que:

Em suma, o objeto da atenção do Ministério Público se resume nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de um interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conforme as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema.<sup>4</sup>

Apenas para exemplificar, na primeira categoria se insere o zelo pelo direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde; na segunda, a fiscalização da venda de um bem de um incapaz; na última, podemos citar a defesa de interesses coletivos ou até mesmo individuais homogêneos, quando haja extraordinária dispersão

---

<sup>4</sup> Este item “c” relaciona-se com a aplicação da terceira metodologia de análise de um sistema de saúde. Cf. Rezende (2002).

dos lesados, ou quando seja necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico (grifo nosso).

A questão da saúde, sem sombra de dúvida, enquanto direito fundamental do ser humano, não deixa de dizer respeito também ao interesse social, o que já bastaria para justificar a atuação do Ministério Público<sup>5</sup>. Alie-se a isso o fato de que compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, conforme estatui o art. 127, *caput*, da CF/88.

Ora, viu-se alhures que tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 8.142/90 determinam a participação da comunidade na gestão do SUS.

Em consequência, impõe-se ao *Parquet* a tarefa institucional de zelar para que o desiderato do legislador seja efetivamente cumprido, sobretudo se for considerado que a "Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente, nos moldes da noção desenvolvida pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho," citando-se as lições de Tojal.

Portanto, essa atuação ministerial concretizará a defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF/88).

Lado outro, a atuação do Ministério Público visando a garantir a real participação da comunidade na gestão do SUS ensejará, subjacentemente, a efetivação do comando emergente do art. 129, II, da CF/88. Isso porque, estando o Conselho de Saúde funcionando regular e legitimamente, isto é, sem subserviência ao poder público (segmento dos usuários, em particular), é de se supor que no campo administrativo haverá a adoção de medidas preventivas com vistas ao efetivo respeito dos Poderes públicos e dos serviços de relevância pública ao direito à saúde, com o alcance dado a esse direito pelo legislador constituinte.

Essas medidas preventivas estão enunciadas, de certa forma, na Resolução nº 33/92 do Conselho Nacional de Saúde, consoante destacado linhas atrás. Porém, há necessidade de ser estudada aqui a forma de entrosamento da atuação do Ministério Público com a do Conselho de Saúde, quando houver a necessidade de se adotarem medidas administrativas ou judiciais contundentes no resguardo da efetividade do direito à saúde, entendido como direito fundamental do ser humano, estando ainda na categoria dos chamados direitos sociais (art. 6º da CF/88).

Aliás, ao tratar do assunto *O Conceito Constitucional de Relevância Pública*, o autor deste artigo (COSTA), no bojo de outro trabalho<sup>6</sup>, asseverou,

<sup>5</sup> A atuação do Ministério Público ora enfocada não se confunde com o exercício do direito de ação. O assunto será melhor tratado no capítulo 5, denominado "Execução administrativa e/ou judicial das decisões/deliberações do Conselho de Saúde: participação do Ministério Público."

entre outras coisas, o seguinte:

O que são, então, serviços de relevância pública?

São aqueles serviços que, à guisa de exemplo, materializam o resguardo da dignidade da pessoa humana, que garantem o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais etc.

Portanto, a sua relevância pública, nos termos da Constituição Federal, quer significar o atributo da essencialidade do serviço para o bem-estar ou para a sobrevivência da sociedade, pouco importando que ele esteja sendo prestado pelo setor público ou pelo setor privado.

Nisso reside a função institucional do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição, que tenham relação com esses serviços considerados como sendo de relevância pública. Assim como é atribuição sua de zelar pelo efetivo respeito pelos Poderes Públicos a tais direitos.

*Principais conseqüências:*

Tratando-se, pois, de serviço de relevância pública, é forçoso concluir que, mesmo prestado pela iniciativa privada, haverá a intervenção estatal visando à sua conformação com os ideais do Estado Democrático de Direito.

Outra conseqüência: o Ministério Público tem o poder-dever de adotar as medidas judiciais e extrajudiciais/administrativas necessárias ao efetivo ou ao visível respeito aos direitos constitucionais a que se refiram esses serviços, podendo propor ações civis públicas – e isto tem sido feito –, celebração de termos de ajustamento de conduta, expedição de recomendações, instauração de ações penais etc.

Além disso, “[...] o serviço de saúde, sendo de relevância pública, será considerado, por conseqüência, serviço essencial, para fins do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, não podendo ser simplesmente interrompido.” (DALLARI, 1992, p. 44).

Vê-se, assim, que o Ministério Público, na condição de responsável pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, precisa engen-

<sup>6</sup> Trata-se do primeiro trabalho do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário.

drar meios de, efetivamente e a olhos vistos, participar das questões cruciais relacionadas com a saúde em nosso País.

Entretanto, é preciso que o Ministério Público aja de tal maneira a incentivar a organização da sociedade civil, a fim de que os próprios cidadãos, através de associações ou individualmente, por exemplo, façam a defesa administrativa ou judicial de seus direitos, combatendo-se, assim, o paternalismo estatal, responsável por tantas mazelas em nosso País.

É que, apesar da atuação diferenciada do Ministério Público contemporâneo, não se pode perder de vista que ele, como órgão do Estado, está subordinado aos mesmos condicionamentos ideológicos, políticos e socioculturais a que se submete o Estado.

Por conseguinte, se não cabe ao Estado impulsionar de *per si* as grandes transformações esperadas pela sociedade, idêntica conclusão há de ser apon-tada em relação ao Ministério Público, mesmo porque se afigura imanente às instituições sociais e/ou jurídicas o papel ideológico de conservação da situação histórico-social então vigente.

Com efeito, as mudanças de rumo, que historicamente as instituições às vezes experimentam, destinam-se muito mais à conservação delas próprias, não se traduzindo propriamente em impulsão das transformações na sociedade.

Nesse sentido, as mudanças sociais verificam-se, grosso modo, pela relação dialética estabelecida entre o papel conservador desempenhado pelas instituições referidas e os movimentos sociais que se opõem a isto.

Por isso, é forçoso estimular a participação popular no controle da administração pública, especificamente nos Conselhos de Saúde, a título de exemplo, a fim de que o estabelecimento das políticas públicas não esteja divorciado dos interesses verdadeiros da população em geral.

De fato, somente aquelas pessoas mais direta e duramente prejudicadas pela ineficiência e/ou pela má formulação das políticas públicas em tema de saúde, à guisa de ilustração, poderão redirecioná-las em prol da coletividade como um todo.

Dáí, a importância do controle social no SUS, o qual encarna o ideário do Movimento da Reforma Sanitária norteador da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília-DF, de 17 a 21 de março de 1986. Tal conferência precedeu, pois, à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, encarregada da elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988. Está aqui a fonte histórica e sociológica do princípio inserto no art. 198, III, da CF/88.

Não obstante, é imperioso que a exigência legal da representação paritária (comunidade versus poder público e outros) não seja resguardada apenas *pro forma*, dando ensejo, assim, aos *Conselhos de fachada*. Tal espécie

de conselho caracteriza-se pela circunstância de que a sua composição é feita por gestores de saúde ou pelo chefe do Poder Executivo, escolhendo aqui e acolá os membros que melhor atendam às suas pretensões políticas pessoais, e não aos interesses públicos.

Na verdade, os *Conselhos de fachada*, além de servirem para viabilizar o recebimento das verbas do Fundo Nacional de Saúde, têm a função de, pela ação ou omissão de seus membros, legitimar politicamente a opção pessoal exclusiva do administrador público, ao passo que a Constituição Federal preconizou o envolvimento efetivo da comunidade no estabelecimento das políticas públicas de saúde.

A rigor, o enfoque do legislador constituinte sobre a questão da saúde, positivado por intermédio dos arts. 6º, 129, II, 197 e 198, III, da CF/88, assentou-se na mudança de paradigma no que diz respeito a tal assunto. Noutros termos, a saúde até então era vista como:

[...] estado de ausência de doença no indivíduo, sua manutenção carecia apenas da oferta de ação específica, nos casos de agravo à saúde ou de risco de adoecimento. A partir da Constituição de 1988, a saúde é um estado que se garante a todos 'mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.'<sup>7</sup> (REZENDE, p. 31-32).

Consequentemente, perdendo a saúde o seu caráter individual, ou seja, a cura do doente, para ser uma questão de bem-estar de todos, justifica-se, pois, que haja a *participação direta* da sociedade no estabelecimento das prioridades, em cada momento histórico, no atingimento desse bem-estar, que deve ser físico, mental e social.

Com efeito, se o Ministério Público conseguir contribuir para a participação real da comunidade na gestão do SUS e, ao mesmo tempo, para que não haja desvirtuamento desta participação, terá correspondido, certamente, em boa parte, à confiança nele depositada pela sociedade brasileira, por meio dos constituintes que elaboraram a Constituição de 1988.

#### 4 ALGUNS DOS MECANISMOS POR MEIO DOS QUAIS O

---

<sup>7</sup> Art. 196 da CF/88.

## MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRIBUIRÁ PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

- 1) Constatação da existência ou não do Conselho de Saúde no âmbito de sua atuação. Isto deverá ser feito através da requisição, ao gestor do SUS, da lei própria instituidora de tal Conselho;
- 2) constatação da existência ou não do plano de saúde, do Relatório de Gestão, bem como do Fundo Municipal de Saúde, mediante o mesmo procedimento acima citado;<sup>8</sup>
- 3) requisição, ao gestor do SUS dos nomes, endereços e telefones dos membros do Conselho de Saúde, com a especificação dos segmentos que representam;
- 4) cópias das atas das reuniões do Conselho ao longo de determinado ano, por exemplo, a fim de que seja verificado o índice de participação nas reuniões (aferição do grau de representatividade em relação às deliberações tomadas), bem como se, ainda que formalmente, o segmento dos usuários teve papel relevante nas deliberações levadas a efeito;
- 5) audiência com os integrantes do Conselho e com o gestor do SUS, a fim de que seja apurado o grau de motivação dos mesmos, bem como a análise da forma de sua escolha, se diretamente pelos segmentos interessados ou se

---

<sup>8</sup> "Plano Municipal de Saúde: é o documento que expressa a política de saúde do gestor municipal, onde devem estar explicitados os objetivos, as prioridades e as estratégias a serem atingidas. É plurianual e de duração equivalente ao mandato da administração municipal, devendo ser aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde. Consiste na eleição de um elenco de ações e operações com repercussão sobre a melhoria da população abrangida. Para tanto, deve ser realizada uma análise da situação de saúde atual (condições de saúde da população, recursos disponíveis, etc.) para então identificar os problemas prioritários e propor a solução. O plano deve sofrer revisões periódicas para se ajustar às mudanças ocorridas na realidade do Município.

*Relatório de Gestão:* o documento de controle, avaliação e auditoria que equivale a uma prestação de contas, onde são avaliados os resultados das ações desenvolvidas pelo órgão gestor da saúde no Município. Tem como referência o Plano municipal de saúde e deve estar articulado com relatórios financeiros, de modo a permitir a avaliação da aplicação dos recursos.

*Conselho Municipal de Saúde:* é requisito para habilitação dos municípios nos níveis de gestão do SUS. Trata-se de instância consultiva, deliberativa e fiscalizadora da gestão do SUS no nível municipal. O Conselho deve ser criado por lei municipal, que definirá suas atribuições e composição, respeitando o critério de paridade: 50% usuários e os 50% restantes divididos entre trabalhadores de saúde, prestadores de serviço e governo, bem como as instâncias de deliberação. As decisões dos conselheiros são tomadas através de deliberações que devem ter a homologação do Chefe do Poder Executivo.

*Fundo Municipal de Saúde:* assim como o Conselho, deve ser criado por lei municipal, que especificará, entre outras coisas, as receitas que o compõem, seus objetivos, a destinação dos recursos, bem como os instrumentos de acompanhamento e controle. Segundo a Lei nº 4.320, de 17.03.1964: "constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação". Assim, o Fundo Municipal de Saúde representa uma Conta Especial, atualmente aberta no Banco do Brasil, única instituição financeira autorizada a repassar os recursos do SUS. A administração do Fundo é realizada pelo Secretário Municipal de Saúde, responsável legal pela sua gerência, com a fiscalização do Conselho Municipal de Saúde". (In: *Manual de atuação do SUS* - Elaborado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul).

- pelo gestor do SUS. Se ficar constatado tratar-se de *Conselho de fachada*, o gestor deverá ser instado a imediatamente proceder à devida composição do Conselho, sob pena de responder pela prática de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11, *caput* e II da Lei nº 8.429, de 02.06.1992;
- 6) verificar se a lei instituidora do Conselho de Saúde segue o princípio da paridade, de acordo as diretrizes da Resolução nº 33/92 do Conselho Nacional de Saúde. Em caso negativo, empreender esforços no sentido de que seja feita a alteração pertinente, através de representação ao Poder Legislativo estadual ou municipal competente, por analogia ao art. 6º, XIX, “b”, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993, combinado com o disposto nos arts. 80 e 26, VII, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993;
  - 7) estabelecer contatos formais ou informais regulares com o Conselho, com vistas à motivação de seus membros e para manter presente a idéia de fiscalização de sua atuação pelo Ministério Público, como forma de desestimular a omissão na atuação dos conselheiros de saúde;
  - 8) envidar esforços no sentido de que os membros do Conselho de Saúde recebam orientação e treinamento freqüentes e com periodicidade regular por parte da Secretaria de Estado da Saúde (art. 17, III, da Lei nº 8.080, de 19.09.1990 – “apoio técnico e financeiro...”) e do Ministério da Saúde (art. 16, XIII, da Lei nº 8.080/90 – “cooperação técnica e financeira...”);
  - 9) esforçar-se, no sentido de que haja a elaboração de manuais/roteiros de atuação do Conselho, detalhando questões práticas corriqueiras de *cada localidade*, com a visualização da seqüência dos atos para resolvê-las, inclusive com a participação de outros atores sociais. O ideal é que este manual seja elaborado pelas Secretarias de Estado e Municipal de Saúde, Ministério da Saúde e Ministério Público, a partir de dados colhidos por meio de questionário junto aos Conselhos de Saúde. Entre as perguntas já recebidas nesta Comarca de Araguari-MG, destacam-se: “como fiscalizar sem ‘mandar na Secretaria?’”; “que espécie de atos pode editar o conselho?”; “qual a conduta a ser adotada pelo conselheiro nas visitas que fizer a estabelecimentos de saúde, no exercício de suas funções institucionais?”. Estas perguntas necessitam de respostas relativamente seguras, que somente serão obtidas por meio de um guia prático de orientação do conselheiro de saúde;
  - 10) o Ministério Público deverá propor o debate ao Conselho de Saúde o debate de questões relacionadas com a saúde na área de sua atuação funcional, como forma de estimular a participação dos membros do Conselho na gestão do SUS;
  - 11) assegurar que o Conselho tenha sede própria, bem como, que ele divulgue ampla e regularmente as suas reuniões e deliberações, garantindo assim a

participação dos interessados nas reuniões para fins de controle da própria atuação do Conselho por parte da comunidade (interessados);

- 12) empreender esforços ou estabelecer mecanismos ou incentivos (gestor do SUS com a participação do Ministério Público) no sentido de que os empregadores dos conselheiros de saúde os dispensem do trabalho, sem prejuízo da remuneração, por duas horas semanais, a título de exemplo, a fim de que eles possam visitar estabelecimentos de saúde ou fazer contato físico mais amigável com a sede do Conselho, gerando assim maior estímulo no exercício desse múnus.

## **5 EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E/OU JUDICIAL DAS DECISÕES/ DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE SAÚDE: PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Basicamente, o Conselho de Saúde poderá tomar duas espécies de decisões: uma delas, cujo conteúdo diga respeito ao acesso concreto a ações e/ou serviços de saúde como, por exemplo, a edição de uma resolução, impondo ao poder público custear determinado tratamento, levando-se em conta as diretrizes do plano de saúde e/ou as disponibilidades orçamentárias/financeiras na área da saúde (balizamento jurídico-institucional para a atuação prática dos conselheiros). A outra relacionar-se-ia com a salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o funcionamento do Conselho.

A propósito, o Conselho de Saúde poderá chegar a essa espécie de decisão, tendo em vista que o art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90, estatui que o Conselho de Saúde é órgão colegiado, permanente e deliberativo.

Além do mais, o art. 198, III, da CF/88, garante a participação da comunidade na gestão do SUS. Logicamente, então, que essa participação não poderá ser apenas simbólica ou de mera ratificação dos atos do gestor do SUS.

Nesse sentido, ao definir o alcance semântico do vocábulo *deliberativo*, Silva (1999) assevera que:

**DELIBERATIVO.** De *deliberar*, serve para indicar ou atribuir a qualidade ou o caráter da pessoa ou do órgão que possa validamente tomar qualquer deliberação ou decidir sobre questões e matérias trazidas a seu conhecimento.

Pelo *poder deliberativo*, então, que legalmente se confere, a pessoa ou o órgão *delibera*, tendo semelhante ato ou *resolução deliberativa* eficácia jurídica para obrigar e criar direitos.

Bem verdade que a autoridade deliberativa concedida

deve apresentar-se segundo as regras legais, respeitando suas exigências.

Assim, por exemplo, as *assembléias*, de qualquer natureza, para que possam tomar *deliberações* com validade jurídica, devem atender às regras legais acerca do *quórum* deliberativo. Sem este, validade não terá a deliberação, porque constituído legalmente não foi o poder deliberativo da assembléia.

Pois bem, quanto à primeira espécie de decisão, suponha-se que o chefe do Poder Executivo não venha a homologá-la ou a disponibilizar os recursos para cumpri-la.

Nesse caso, o Conselho poderá provocar o Ministério Público (Curadoria da Saúde da Comarca), apresentando-lhe a documentação pertinente (original ou cópia autenticada da resolução tratada; cópia da ata da reunião em que tenha havido a devida deliberação; documento comprobatório de que o agente público, por ação ou omissão, tenha descumprido a decisão do conselho etc), enfim, ministrando ao Ministério Público todas as informações necessárias à sua atuação administrativa ou judicial.

Essa provocação do Ministério Público enquadrar-se-á na regra genérica do art. 6º da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, uma vez que inexistente norma específica para a hipótese em estudo.

Estatui o artigo supracitado:

Art 6º – Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm mantido divergências quanto à qualificação do direito à saúde como sendo interesse difuso, até porque em muitas situações concretas há um titular/paciente identificável.<sup>9</sup>

Por isso, tem-se cogitado que a legitimidade do Ministério Público somente existiria nas hipóteses de interesses individuais homogêneos (art. 82 c/c art. 91 da Lei nº 8.078 de 11.09.90). Veja-se:

<sup>9</sup> Cf. art. 7º da Lei nº 8.142/90, o qual prevê que a integralidade da assistência à saúde abrange um conjunto de "[...] ações e serviços preventivos e curativos, *individuais e coletivos*, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema" (grifo nosso).

Com efeito, consoante a *Súmula CSMP N. 07*:

'O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.'

[...]

Já a *Súmula de Estudos CENACON N. 05* pondera o seguinte:

'Tratando-se da tutela, em última análise, de interesses individuais manifestos, mas tratados de forma coletiva, os chamados 'interesses individuais homogêneos de origem comum' (art. 81, III, do CDC) somente poderão ser suscetíveis de ação civil pública pelo órgão do Ministério Público, quando houver evidência de interesse público quanto à sua abrangência, e social quanto à sua qualificação (junho/92 – atualizada em julho/97).' [...] (ALVES; RUFINO; SILVA, 2001, p. 259).

A bem da verdade, a função institucional do Ministério Público estabelecida no art. 129, II, da Carta Magna, não se confunde com o exercício do direito de ação, porquanto o art. 81 do CPC exige que, para isto, o *Parquet* detenha autorização expressa, logicamente por meio da legislação ordinária. Assim, por exemplo, para atuar como substituto processual na ação de investigação de paternidade, essa autorização explícita provém da Lei nº 8.560, de 29.12.1992. Quer dizer, a Constituição Federal apenas enunciou incumbir ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis, entre eles, o direito à paternidade legítima (art. 27 da Lei nº 8.069, de 13.07.1990).

Por conseguinte, ao legislador ordinário foi deferida a tarefa de definir se essa função institucional do *Parquet* efetivar-se-á por meio de sua atuação como parte ou como fiscal da lei (*custos legis*). Some-se a isto que o direito à saúde não se qualifica como interesse difuso, a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347/85. Isso porque a definição da saúde como direito fundamental e, mais ainda, como direito social, tem o sentido de apenas torná-lo uma obrigação positiva do Estado em relação à sociedade, ou seja, todo e qualquer cidadão poderá exigir do poder público a concretização desse direito a seu favor.

Portanto, não significa que o direito à saúde deva ser qualificado como *interesse difuso*, até porque a saúde envolve necessariamente dois planos: a

saúde enquanto direito a ser assegurado genérica e abstratamente a todos, por meio de ações e serviços próprios (envolvendo aqui a noção de interesse público); e a saúde, como direito individual e fundamental, a ser defendido, de regra, pelo próprio titular desse mesmo direito.

A questão pode, então, ser posta nos seguintes termos: se o poder público, de alguma forma, por medidas administrativas ou legislativas, restringir o acesso às ações e serviços de saúde ou, mais diretamente, instituir obstáculos à efetivação desse direito, o Ministério Público deverá atuar de pronto, podendo, inclusive, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade ou ação civil pública, conforme o caso, na defesa do interesse social, visto que:

À evidência, todavia, que se a proteção ao patrimônio público e social não é um interesse difuso ou coletivo, também não é individual. Resta-nos, com a compreensão da lição de Antônio Hermann V. Benjamin, alhures explicitada, classificá-lo como interesse público. Um interesse público distinto dos interesses difuso, coletivo e privado (individual). (ALVES; RUFINO; SILVA, 2001, p. 359-360).

No plano individual, quando a situação fática não for capaz de produzir repercussão direta e imediata para a coletividade como um todo (interesse público primário), prevaleceria a regra do art. 129, IX, da CF, que veda o exercício, pelo Ministério Público, de funções incompatíveis com sua finalidade, “[...] já que sua missão institucional, como visto, é voltada para a *tutela coletiva, lato sensu*, dos interesses e direitos previstos pelos incisos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.” (ALVES; RUFINO; SILVA, 2001, p. 258).

Em resumo, se a atuação envolver a defesa em juízo, por exemplo, do direito individual à determinada ação ou serviço de saúde, caberá, de regra, ao interessado fazê-lo através de advogado.<sup>10</sup>

A aparente antinomia existente entre os incisos II, III e IX do art. 129 da CF/88 deve ser solucionada por meio do *princípio da unidade da Constituição*, o qual tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs, conforme palavras do insigne Barroso (1996, p.182), expressando-se nos seguintes termos:

‘[...] uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma

<sup>10</sup> O art. 201, VIII e IX, da Lei nº 8.069/90, autoriza a atuação do Ministério Público como substituto processual em favor de crianças ou adolescentes. Vide anexo IX.

conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna'. Invoçando tal acórdão, Konrád Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. E acrescenta: 'Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com esse princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.'

Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: 'O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal'. O fim primário do princípio da unidade é procurar determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições. A tarefa, todavia, pode revelar-se mais complexa do que parece à primeira vista.

Admita-se que o Ministério Público, ao ser provocado pelo Conselho de Saúde, entenda que o caso não desafie a sua atuação, por se tratar de questão interna da administração pública, ou porque a situação envolva a chamada discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade em função de outros interesses igualmente relevantes e limitação financeira ou orçamentária); aí, então, caberá ao órgão do Ministério Público promover o arquivamento das peças informativas oriundas do Conselho de Saúde, fazendo-o, porém, na forma do art. 9º da Lei nº 7.347/85, ou seja, submeterá tal promoção de arquivamento à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público.

Desse modo, estarão resguardados os princípios da independência funcional dos membros do Ministério Público (art. 127, § 1º, da CF/88) e do controle administrativo no exercício dessa independência funcional (art. 9º da

Lei nº 7.347/85). No caso de ofensa ao direito individual à saúde, e, havendo provocação do Conselho de Saúde, o interessado deverá ser orientado a constituir um advogado para intentar as medidas judiciais pertinentes ou a recorrer à Defensoria Pública, caso não possa pagar os honorários advocatícios.

Quanto à possibilidade ou não do próprio Conselho de Saúde fazer valer judicialmente as suas decisões, a Dr<sup>a</sup> Cleide Previtali Cais (BRASIL, 1993) esposou o ponto de vista de que, em princípio, esse órgão podia propor alguma ação em juízo, mormente para contestar o Executivo pela atuação na imposição de regras para o Conselho.

Para tanto, a ilustre professora supracitada partiu do raciocínio de que o Conselho é um ente não personalizado, tendo acrescentado que os entes não personalizados “[...] também podem entrar com ação civil pública.” Ora, a meditação profunda em torno desse assunto conduz à conclusão de que os Conselhos de Saúde não detêm legitimidade ativa para agir judicialmente na defesa de usuários do SUS, por meio da figura da substituição processual.

É que os entes despersonalizados somente podem agir em Juízo, de regra, na defesa de interesses próprios ou que sejam inerentes à sua própria existência: a chamada capacidade judiciária, de que cuidam a doutrina e a jurisprudência.

Por outro lado, o art. 2º da Lei nº 8.078/90 estatui que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Assim sendo, o titular de direitos no SUS enquadra-se, sem dúvida, nesse conceito legal de *consumidor*, já que o SUS envolve *ações e serviços* destinados à salvaguarda do direito à saúde, considerado direito social e fundamental do ser humano.

Com efeito, a questionada legitimidade do Conselho de Saúde deve ser analisada à luz do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, mais precisamente com base no parágrafo único desse mesmo artigo de lei, em que estaria abrigada a chamada substituição processual.

Nesse diapasão, o art. 82 do CDC prevê expressamente quem está legitimado, concorrentemente, para agir em juízo por meio da figura da substituição processual.

Curiosamente, tanto para as associações de proteção dos consumidores quanto para os órgãos da administração pública, direta ou indireta, o legislador exigiu que eles tivessem por missão institucional *específica* a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, ainda que cuidem, ao mesmo tempo, de direitos ou interesses de outra natureza.

Por conseguinte, apesar de haver a previsão legal expressa de que

órgãos da administração pública, *ainda que sem personalidade jurídica*, possam agir em Juízo na defesa *coletiva* dos consumidores, coexiste, todavia, a determinação de que tais órgãos estejam “[...] especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código CDC.”

Assim sendo, embora o Conselho de Saúde possa ser qualificado como órgão da administração pública direta, sem personalidade jurídica, ele não foi originariamente instituído para o desempenho daquela missão, ou seja, para a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC.

Realmente, a própria lei instituidora dos Conselhos de Saúde – Lei nº 8.142/90 – delimitou o seu campo de ação, dizendo que se trata de órgãos permanentes, deliberativos e colegiados, que atuam “[...] na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive, nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.” (art. 1º, § 2º). O legislador disse somente isso!

Conseqüentemente, os Conselhos de Saúde não estão legitimados a agir em juízo na defesa do titular de direitos junto ao SUS ou, noutras palavras, na defesa dos usuários do SUS, especialmente porque o art. 6º do CPC estabelece que somente será permitida a substituição processual nos casos autorizados por lei.

Não obstante, o Conselho de Saúde, mesmo não possuindo personalidade jurídica, poderá agir em juízo na defesa de prerrogativas próprias, isto é, no resguardo das condições necessárias ao cumprimento de sua função legal.

Enfim, em relação a essa espécie de decisão do Conselho de Saúde, ou seja, que vise à salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o seu funcionamento, não havendo aquiescência por parte do gestor do SUS ou pelo chefe do Poder Executivo, poderá haver a provocação do Ministério Público (Curadoria de Saúde da Comarca) para a adoção das medidas próprias, assim como ocorre em face da decisão cujo conteúdo diga respeito ao acesso concreto a ações e/ou serviços de saúde.

Considerando que o conteúdo de tal modalidade de decisão do Conselho de Saúde não envolveria, diretamente, direito a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347/85, a provocação do Ministério Público, por conseguinte, não se daria com base no art. 6º da mesma Lei.

Destarte, a suscitação da atuação do Ministério Público pelo Conselho de Saúde estará assentada, em termos gerais, na norma do art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88, que diz respeito ao “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”

De fato, se a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.142/90 resguardam o direito da comunidade de participar da gestão do SUS, é evidente

que os membros do Conselho, em razão dessa previsão legal, têm o direito de obter do poder público as condições mínimas para o funcionamento, a contento, desse órgão colegiado, permanente e deliberativo (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90).

Suscitada, pois, a atuação do Ministério Público, a qual, aliás, poderá dar-se de ofício, isto é, bastando a simples notícia pela imprensa ou mediante constatação do fato, direta e/ou pessoalmente pelo próprio Curador da Saúde (órgão do Ministério Público), as medidas a serem empreendidas estarão legitimadas graças ao disposto no art. 127 da Carta Magna, que comete ao Ministério Público a função institucional de zelar pela ordem jurídica. Noutros termos, o Ministério Público, na defesa das normas legais que instituam o controle social com a missão de funcionar adequadamente (defesa da ordem jurídica), adotará as medidas administrativas ou judiciais necessárias a isso, tendo em vista o disposto no art. 129, II, da CF/88.

## 6 CONCLUSÃO

É indispensável que o Ministério Público contribua decididamente para a concretização e o aprimoramento constante do controle social no SUS.

Nesse sentido, a primeira medida a ser adotada pelo *Parquet* consistirá na *verificação tangível* da forma de composição do Conselho de Saúde, de tal forma a combater os chamados *Conselhos de fachada*, em que todos os membros são escolhidos pelo chefe do Poder Executivo ou pelo gestor do SUS, inclusive os do segmento dos usuários que, não raro, sequer sabem de sua condição de conselheiros de saúde.

É fundamental que o Ministério Público empreenda esforço no sentido de estimular a atuação eficaz dos conselheiros de saúde, evitando que os mesmos, por se sentirem desprestigiados no exercício do múnus, abandonem-no paulatinamente.

Ademais, afigura-se imperioso que seja despertada a consciência de que os conselheiros de saúde não podem agir com subserviência ao gestor do SUS ou ao chefe do Poder Executivo, sob pena de esvaziamento do papel do controle social ou da participação da comunidade no SUS, conforme contemplado no art. 198, III, da CF/88.

Daf, ser de grande importância que todas as ações do Conselho de Saúde tenham ampla divulgação, como forma de propiciar o acompanhamento e o apoio da sociedade, inclusive, coibindo que prevaleçam propostas corporativistas às propostas de interesse da coletividade.

O Ministério Público poderá celebrar termo de ajustamento de conduta com a administração pública, a fim de que as reivindicações inerentes ao funcionamento regular do Conselho de Saúde sejam devidamente atendidas.

Outrossim, afigura-se cabível, em tese, a chamada ação cominatória, com vistas a compelir o poder público a dotar o Conselho de Saúde das condi-

ções indispensáveis ao seu regular funcionamento, por força do disposto nos arts. 81 e 287 do CPC, combinados com o disposto no art. 5º, V, "b", da Lei Complementar nº 75/93, tendo em vista o disposto no art. 80 da Lei nº 8.625/93.

Enfim, o Ministério Público deverá atuar em permanente parceria com o Conselho de Saúde, de modo que qualquer obstáculo criado pelo gestor público ao funcionamento regular do Conselho de Saúde deverá desafiar a adoção de medidas administrativas e/ou judiciais aptas a afastá-lo, destacando-se, em última análise, a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com força no art. 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429, de 02.06.1992.

### Referências Bibliográficas

ALVES, Aírton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Silva da (Org). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Org). *Manual de apoio conceitual*. Brasília: Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Núcleo de Estudos em Saúde Pública.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Oficina de trabalho sobre questões jurídicas do Sistema Único de Saúde – SUS*. Brasília: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 1993. Texto impresso.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. *O financiamento público federal do Sistema Único de Saúde 1988-2001*. 2002. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Epaminondas da. *Manual do patrimônio público*: responsabilidade dos agentes políticos e administrativos na gestão do dinheiro público: teoria e prática. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

DALLARI, Sueli Gandolfi (Org.). *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana de Saúde, 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 23-35, nov. 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo:

Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei nº 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Mário Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. *Manual de atuação jurídica em saúde pública: programa de apoio ao fortalecimento do controle social no SUS*. Brasília, 2002. Não publicado.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. CD-ROM.

SILVA, Mônica Sofia Pinto Henrique. Petição inicial de ação civil pública visando a assegurar direito à saúde em favor de criança. *Minas Gerais: Órgão Oficial dos Poderes do Estado de Minas Gerais*, 13 nov. 2002.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

# A NATUREZA JURÍDICA DAS LIMINARES NAS AÇÕES ESPECIAIS: CAUTELARES OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Pós-Graduado em Direito Público

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo

Social Argentino

Professor de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito do Vale do

Rio Doce

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 Medida cautelar – 3 Tutela antecipada – 3.1 Requisitos da antecipação da tutela – 3.1.1 Verossimilhança – 3.1.2 Prova inequívoca – 3.1.3 Fundado receio de dano e abuso de direito de defesa – 3.1.4 Irreversibilidade – 3.2 Recurso da decisão que aprecia a antecipação da tutela – 4 A Natureza jurídica das liminares nas ações especiais – 5 A Lei nº 10.444, de 07.05.2002 – 6 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

É característica importante e de grande magnitude do Direito a similitude inerente a seus institutos. Essa propinquidade gerada pela similitude dos institutos desencadeia os mais frutíferos debates doutrinários entre os estudiosos, fato responsável pelo dinamismo do direito e pontificador da existência de verdade absoluta, ainda que abstrata, mas palpável após o exame acurado de cada situação.

Nesse contexto, aparecem a *medida cautelar* e a *tutela antecipada*, aparentemente muito semelhantes, porém, quando verificadas com detalhamento, apresentam distinções tais que justificam o seu posicionamento autônomo frente ao Estatuto Processual, a começar pela época da existência de ambos os institutos no contexto do Direito Judiciário. Com o advento da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, foi inserida a tutela antecipada no Código de Processo Civil – CPC, lei geral a alcançar, subsidiariamente, outros diplomas que, de forma específica, tratassem de processo.

Nada obstante, leis existiam, e existem, que, antes mesmo da aparição do instituto da tutela antecipada no direito pátrio, já possuíam previsão legal para, em sede de processo de conhecimento, dar ensejo à apreciação pelo ór-

ção judicial encarregado da apreciação de pedidos que, a título de assegurar a eficácia do próprio processo de conhecimento, detinham, de forma implícita ou não, determinado grau de satisfação que se desviavam da *mens legis* insculpida na norma.

Dessarte, pretender-se-á construir um juízo coerente a respeito da *natureza jurídica* das liminares nas ações cujos procedimentos estão inseridos em diplomas legais extravagantes – mandado de segurança, ação civil pública e ação popular, sem olvidarmos a subsidiariedade que sofrem pela *lex generalis*, no afã de se construir limites claramente definidos entre as medidas cautelares e a tutela antecipada, não se deslembrando, outrossim, das rigorosas consequências que a opção por um dos institutos, no caso concreto, revela.

A despeito disso, mencionaremos, no particular, o advento da Lei nº 10.444, de 07.05.2002 que, setorialmente, modificou em vários pontos o *codex* processual civil, mormente com a admissão, em seara de cognição, de deferimento de medida cuja natureza é cautelar.<sup>1</sup>

## 2 MEDIDA CAUTELAR

Não raro, sutil distinção entre institutos jurídicos causa confusão que não pode vingar.

É o que ocorre quando se fala em *ação cautelar*, *processo cautelar* e *medida cautelar*, pois muitas vezes estas três figuras são tratadas como sinônimas. Com o fito de melhor explanação, é importante notar que se trata de três significados jurídicos bem distintos e independentes, sendo o processo cautelar o *instrumento* de atuar a função jurisdicional, a ação cautelar o *direito* da parte de fazer atuar o processo e a medida cautelar é o ato em si de prevenção contra risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte no processo principal. Destarte, inicialmente extrai-se a conclusão parcial de que, em se tratando de medidas cautelares, elas são provimento eficazes de garantia do resultado prático do processo principal (CHIOVENDA, 2000, p. 331); têm, portanto, um caráter *instrumental* em relação ao processo a que estão servindo.

Pela instrumentalidade inerente a tais medidas, vislumbra-se flagrante dependência delas ao processo principal, embora conservem suas particularidades por estarem bem definidas quanto à sua existência, requisitos e características, como preconizado no Livro III do Código de Processo Civil de 1973.

<sup>1</sup> A despeito disso, pensamos que o jurista deve dar à norma jurídica interpretação consentânea com o seu tempo e espaço. Daí concordarmos com Câmara (2000, v. 1, p. 8-9) quando afirma: "O Direito Processual tem sua evolução científica dividida em três fases muito nítidas: a fase imanentista, a fase científica e a fase instrumentalista." Mais adiante, sobre a fase instrumentalista, continua o autor: "[...] Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça." [...]"

A função das medidas cautelares não consiste, portanto, em antecipar os efeitos do julgamento principal, ou melhor, não cabe a elas a *satisfação* prematura do direito material subjetivo em disputa no processo principal.

De outro lado, vale salientar que, como espécie de tutela de urgência, todas elas são revestidas pela *provisoriidade*, visto que a situação preservada por meio da medida cautelar não é definitiva e se destina a durar por um espaço temporal delimitado, de tal sorte que já surge com a previsão de seu fim. O momento final de duração da medida cautelar é marcado pelo provimento definitivo, pois, após o interregno temporal, não há mais a *necessidade* de buscar a segurança da realização da sentença final, agora já proferida.

Noutras situações, a precariedade das cautelares é antevista como nos casos de revogação, substituição e de cassação da medida, até mesmo antes do provimento final de conhecimento ou de execução. “As medidas cautelares, como ensinava Lopes da Costa, ‘são concedidas em atenção a uma situação passageira, formada por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo uma nova apreciação’, de maneira que ‘o juiz resolve então *sic rebus stantibus*.’ ” (THEODORO JÚNIOR, 1998, v. 2, p. 365).

Todavia, essa modificação ou revogação não poderá se dar *ex officio*, ou por mero despacho, mas deverá obedecer ao procedimento cautelar comum, cabendo ao que sofreu a medida cautelar alegar e provar vicissitude nas circunstâncias fáticas. Não importando a subespécie a que se confortam – se nominadas ou inominadas – as medidas cautelares obedecem a requisitos claros e precisos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Cabe divisar que, no que concerne ao primeiro requisito exposto – *fumus boni iuris* – para sua incidência deverá aquele a quem aproveita provar tão-somente a *possibilidade* de seu pedido principal – ínsito no processo de mesma qualidade – ser suscetível de acolhimento. Daí volta-se a falar do caráter processual (instrumental) das medidas cautelares. Isso porque, sendo flagrantemente inviável o pedido principal, não há motivo para o deferimento da medida de segurança pleiteada. Para alguns doutrinadores, somente se verifica a ausência do elemento *fumus boni iuris* nos casos em que se configuraria a carência da ação ou a improcedência do pedido no mérito, *verbis*:

Somente é de cogitar da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Do ponto de vista prático, pode-se dizer que só inoocorre o *fumus boni iuris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295). (THEODORO JÚNIOR, 1998, v. 2, p. 372).

Tal pensamento, acredita-se, é o que mais condiz com a fragilidade inerente a esse requisito, ou seja, quando não se exige a comprovação cabal da existência do direito, mas apenas cobra-se que o direito a ser protegido — objeto do processo que se pretende atribuir eficácia prática — tenha, dentro do mundo jurídico, um mínimo de viabilidade e figure no campo de êxito no momento da decisão final. Fala-se, pois, em possibilidade, ou, como a própria expressão traduzida expressa, em fumaça do direito.

O segundo e último requisito motivador da tutela de urgência da espécie cautelar é aquele que decorre da demora na prestação jurisdicional.

Trata-se do *periculum in mora* ou perigo de que venham a faltar circunstâncias viabilizadoras da tutela principal, isso em decorrência da espera pelo decorrer natural do processo principal.

Assim, a tutela cautelar será deferida quando, além de ser possível o direito alegado pela parte interessada, esteja presente seu receio justificado de ineficácia do provimento final em razão do momento tardio em que deva ocorrer.

### 3 TUTELA ANTECIPADA

Na antigüidade, houve o tempo em que os litígios surgidos entre pessoas eram resolvidos por elas mesmas ou pelo meio social no qual viviam. Isto se devia ao fato de não existir um Estado com poder político ou mesmo forte o suficiente para impor soluções às divergências de interesses.

Com a evolução da humanidade, surgiu o poder jurisdicional do Estado, ou seja, ele passou a dizer o direito frente a um conflito de interesses, não mais vigorando a chamada *justiça privada*. Com o crescimento maciço da sociedade, os países cujo Estado tem o monopólio da jurisdição, optam cada vez mais por medidas de minimização dos ritos processuais para fins de decisões mais eficazes e tempestivas. É nesse contexto que apareceram o julgamento antecipado da lide, o juizado para pequenas causas, as tutelas de urgência — medidas cautelares e antecipação da tutela —, objeto da presente análise.

Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o exercício de sua nobre missão de outorgar tutela na forma da nova lei, não devendo o termo 'poderá' ser entendido como passaporte para a omissão, deixando para a sentença final o que, segundo a lei, deva ser, de logo,

Cronologicamente, o instituto da tutela antecipada surgiu em meio a um movimento organizado em meados do século XVII que visava à reforma do sistema processual até então vigente no Direito Positivo. Esta série de reformulações foi denominada *onda reformatória*.

A característica proeminente do Direito Processual até então era a de ser ele uma instrumentalização, ou seja, um simples agregado de regras para que se pudesse provocar o Estado por meio da propositura de ação.

O marasmo que cercava a prestação jurisdicional comprometia fosse realizado um julgado eficaz e justo, motivo pelo qual se fazia cada vez mais urgente pensar no Direito Processual, não apenas como *instrumento* do direito material, ele significaria o acesso à chamada ordem jurídica justa (DINAMARCO, 1996, p. 7).

Com efeito, o passar dos tempos e a complexidade das relações jurídicas surgidas na sociedade fizeram com que a sociedade exigisse uma jurisdição ainda mais adequada as suas atuais conjunturas, ou seja, o provimento jurisdicional, para obter eficácia, necessitava de *celeridade processual*, valorizando-se sobremaneira o *princípio da efetividade do processo*.

O passo inicial, após a mudança na forma de encarar o direito processual, era o de eliminar obstáculos que freavam os quatro pontos sensíveis daquele sistema: a) a possibilidade de ingresso em juízo; b) o modo de ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua efetividade, ou utilidade prática. Daí a explicação à enorme deficiência inerente aos julgados até então.

No Brasil, o Código de Processo Civil sofreu alterações muito sutis, na verdade minirreformas, relativas a alguns capítulos e reformulações em outros institutos.

As Leis nº 8.950, nº 8.951, nº 8.952, nº 8.953, todas de 13.12.1994, criaram os sulcos mais profundos introduzidos ao sistema processual brasileiro, representados: a) pelo trato dado à tutela jurisdicional em caso de obrigação de fazer ou de não fazer; b) pela abertura para antecipações satisfatórias mas provisórias, com base na probabilidade razoável e cuidado com a situação do demandado; c) pela aproximação do juiz à causa na audiência preliminar, com ênfase ao empenho em conciliar os litigantes.

Foi nesse contexto, portanto, que apareceu a tutela antecipada, criada pela Lei nº 8.952/94 e contida em pelo menos três artigos do CPC (arts. 273, I, II, 461 e 899, § 1º). Sua natureza é a mesma da tutela que poderá ser outorgada ao final do processo, sendo, no entanto, uma tutela provisória. Dessa maneira, por meio deste instituto elimina-se a espera pela cognição exauriente.

Portanto, em busca da maior celeridade ao processo, o legislador uti-

lizou-se da *cognição sumária*, tanto em processos sumários em geral, como em ações especiais de cognição exauriente, como é o caso: a) da ação possessória (arts. 928 e 929 do CPC); b) ação de nunciação de obra nova (art. 937 do CPC); c) ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio (art. 1071 do CPC); d) ação de embargos de terceiro (art. 1051 do CPC); e) ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia (art. 3º do Decreto-Lei nº 911, de 01.10.1969); f) ação de mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 31.12.1951); g) ação de desapropriação (art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941); h) ação popular (art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717, de 29.06.1965); i) ação civil pública (art. 12 da Lei nº 7.347, de 24.07.1985); j) tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer.

O fato é que as mudanças trazidas pelo instituto da antecipação dos efeitos da tutela ao Direito Processual Civil foram tais a ponto de promoverem o que para muitos seria o naufrágio do processo de conhecimento e seu corolário natural, o procedimento comum, quando o § 3º do art. 273 do CPC prevê a execução da tutela antecipada *dentro do próprio processo de conhecimento*, nos moldes da Execução Provisória da sentença condenatória.

Desse apanhado histórico que envolve o instituto da tutela antecipada pode-se extrair que ela é aplicável a quase todas as ações de procedimento ordinário, incidindo também nos feitos de procedimento especial de jurisdição contenciosa, regulamentadas no CPC, como naquelas ações disciplinadas por leis especiais, como é o caso das ações objeto do trabalho em apresentação.

### **3.1 Requisitos da antecipação da tutela**

O *caput* do art. 273 do CPC, seus parágrafos e incisos, prevêem que a tutela antecipada total ou parcialmente em relação à antecipação dos efeitos da sentença de mérito dependerá de alguns requisitos essenciais. Eles se resumem em cinco: a) prova inequívoca da alegação do autor; b) juízo de verossimilhança por parte do juiz em relação ao alegado pelo autor; c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; d) abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; e) a possibilidade de reversibilidade do provimento antecipado.

A importância em interpretar as entrelinhas que envolvem esses requisitos é tal que a mera especulação a respeito do significado de cada um deles leva ao despropósito da aplicação desta tutela de urgência.

#### **3.1.1 Verossimilhança**

É mais prudente que se inicie por tecer comentários a respeito do juízo

de verossimilhança do que propriamente sobre prova inequívoca, exigência que, apesar de figurar anteriormente aquela no art. 273 do CPC, está a tal ponto ligada a esse juízo que convém clarear um pouco mais a respeito dessa concepção.

A interpretação acerca da expressão *verossimilhança* envolve inúmeras divergências, principalmente no seio da doutrina italiana donde advieram as primeiras noções da palavra.

Inicialmente, parece ser a *aparência da verdade* a primeira visão que se conhece a esse respeito, pois no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verisimile*), que significa *semelhante à verdade; que tem a aparência da verdade; que não repugna à verdade; provável*.

Outros estudiosos vêem a palavra como uma *mera aparência do direito*, a credibilidade e o *fumus boni iuris* das medidas cautelares.

Para muitos, a incidência do juízo de verossimilhança é dirigida não sobre o fato em si, senão sobre a afirmação do fato, ou seja, sobre a alegação proveniente da parte disposta a prová-lo (o fato) e afirmar como historicamente ocorreu.

No particular, pensamos que a tese mais aceitável é aquela segundo a qual verossímil seria, então, a *aparência da verdade*, salientando que, para algo aparentar à verdade não basta a simples condição de possibilidade, sendo exigido algo mais, ou seja, um motivo capaz de levar a crer que se está na frente de uma verdade. É o *parecer verdade* em que reside o perfil e a perspectiva da verdade real que se chama verossimilhança. Frise-se, a perspectiva de verdade.

Malatesta<sup>2</sup> fora buscar no juízo de probabilidade os elementos formadores de convicção, afirmando que existem probabilidades *máximas*, próximas do probabilíssimo; probabilidades *médias*, que seriam o provável, às secas; e uma probabilidade *mínima*, que seria a *verossimilhança*. Nesta oportunidade é cabível notar que o Código de Processo Civil, na reforma que se vinha empreendendo, utilizava o conceito de *verossimilhança*, para permitir a *tutela antecipada* do direito, ocasião em que se percebe a falta de lógica se o legislador o tivesse utilizado no sentido de uma probabilidade mínima, no sentido malatestiano. Dessarte, “[...] a verossimilhança está, ainda, no âmbito cível, por ser graduada, e o será, por certo, após a aprovação das reformas, pela doutrina e pela jurisprudência. Chegou, portanto, o momento de enfrentar o assunto.” (ALVIM, 1996, p. 57).

O fato é que o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor e continuará a depender do de cada juiz no momento de decidir

<sup>2</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei (apud ALVIM, 1996, p. 59).

sobre o pedido de antecipação de tutela. "O que é verossímil para um pode não ser para outro, dependendo do grau de percepção individual." (ALVIM, 1996, p. 60).

O possível, o verossímil e o provável, aparentemente são sinônimos, mas são palavras distintas e a tarefa de distingui-las é bastante árdua. O que é verossímil está mais próximo de ser verdadeiro do que o simplesmente possível e, por sua vez, menos verídico em relação ao provável de acordo com o pensamento de Calamandrei:<sup>3</sup> Para ele, "possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem a aparência de ser verdadeiro; provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro."

É também sob o aspecto etimológico que Malatesta encara a expressão *verossimilhança* como a primeira graduação da probabilidade, tendo em vista ser preciso ir além do simples *possível* para justificar o dito *alegação verossímil* (semelhante à *verossimilhança*).

A constatação da verossimilhança, para efeitos de antecipação da tutela, dependerá, necessariamente, do juízo de delibação, qual seja, uma valoração de fatos e direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, influenciado pela natureza do fato, pela espécie de prova ou orientação jurisprudencial. Nesse ponto, o perfil da verossimilhança está envolvido pela probabilidade, mas não a de grau mínimo, como sugere Malatesta.

O ideal seria a construção de uma probabilidade suficiente para o juiz crer que o alegado pela parte será por ele acolhido caso não ocorra nenhum imprevisto durante o decorrer do processo, o que denota um grau máximo de probabilidade a caracterizar o juízo de verossimilhança.

Eis, portanto, o entendimento mais lógico, apurado e de acordo com o sentido desejado pelo legislador no momento de pensar num juízo verossímil capaz de, juntamente com os demais requisitos, motivar a antecipação dos efeitos do provimento final. A verossimilhança é a aparência da verdade, é a probabilidade de que a alegação do autor venha a ser confirmada pela decisão final. Trata-se de um juízo inferior ao da certeza, porém é, de certo, muito mais graduado do que o da simples *fumaça* relativa ao *fumus boni iuris* das cautelares.

### 3.1.2 Prova inequívoca

É de suma importância, para fins de melhor entendimento e aplicação da tutela antecipada, chegar-se a um juízo ponderável a respeito do que vem a ser *prova inequívoca*, que, pela leitura, está intimamente ligado ao juízo de verossimilhança do juiz.

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero (apud ALVIM, 1996, p. 59).

E é exatamente em decorrência dessa ligação que surgem variados posicionamentos quando explanado tal assunto.

É fundamental destacar que *prova inequívoca*, exigida como um dos pressupostos para a antecipação dos efeitos da sentença final, não diz respeito ao direito do autor; ao revés, diz respeito apenas às alegações deste, como a leitura do preceptivo legal clarifica.

Deve-se frisar, lado outro, que *prova inequívoca* não é o mesmo que *fumus boni iuris* ínsito nas medidas cautelares. Este parece ser, no entanto, um entendimento unânime entre aqueles que encaram a tutela antecipada com total autonomia de valores em relação às providências cautelares.

Para alguns, a chamada *prova inequívoca* é um termo utilizado para fazer menção às provas que independem de constatação pericial e oral, para que fique demonstrada de forma cabal a justeza da pretensão, bastando, assim, a prova documental – pré-constituída – que instrui a inicial.

A despeito da controvérsia, estamos que, em verdade, a nomenclatura *inequívoca* não é apropriada para fins de tutela antecipada, eis que a qualidade de *inequívoca* advém da prova que dá supedâneo à certeza ínsita na decisão de mérito final. Mesmo porque a verossimilhança deve ser analisada em face dos fatos sobre os quais incidem as provas. Portanto, conveniente seria a menção a provas que denotem verossimilhança, donde advém a trilogia *alegação, fato e prova*, todos sob o pálio da *aparência do direito*.

Será mais acertado e condizente à finalidade precípua da antecipação tutelar encarar a *prova inequívoca* como um adendo ao alegado pelo autor, com vistas a alcançar o juízo da verossimilhança das alegações apresentadas.

Um juízo baseado em *prova inequívoca*, de acordo com o preceituado no art. 273, *caput*, do CPC, é bem mais graduado quanto à verdade das alegações a que se referem ditas provas do que um juízo sustentado por uma simples *fumaça*, ou seja, pelo *fumus boni iuris*.

A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

Concluo, portanto, que a prova inequívoca é o fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. E essa prova inequívoca não precisa conduzir à certeza, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, suficiente sendo a verossimilhança. (PASSOS)<sup>4</sup>

Em conclusão, podemos asseverar que a prova inequívoca não pode

<sup>4</sup> PASSOS, J. J. Calmon de (apud TEIXEIRA, 1996, p. 191-192).

conduzir à certeza inerente a decisões finais de mérito. Nada obstante, possui um grau de convencimento superior àquela utilizada na comprovação do *fumus boni iuris*, sendo, pois, um *plus* em relação a este.

### 3.1.3 Fundado receio de dano e abuso de direito de defesa

Demais do juízo de verossimilhança das alegações baseadas em prova inequívoca, a antecipação de tutela exige o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* ou o *abuso de direito de defesa* ou *manifesto propósito protelatório do réu* correspondentes, respectivamente, aos incisos I e II do art. 273 do CPC.

No que concerne ao primeiro, há uma tendência a equipará-lo com a *lesão grave e de difícil reparação* das medidas cautelares estabelecidas pelo art. 798 do CPC. A expressão *fundado receio*, em se tratando de tutela antecipada, subteme um temor justificado que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva, tal qual ocorre em sede cautelar.

Quanto ao segundo requisito, o direito processual, tanto quanto o material, comporta abusos, sendo que o cometido no processo é até mais pernicioso se comparado ao perpetrado em face do próprio direito, pois, além de atingir as partes, afeta o Estado na sua tarefa de distribuidor da justiça, dando ensejo, entre outros, à morosidade da prestação jurisdicional.

O *abuso do direito de defesa* caracteriza-se, portanto, pelo exercício temerário de resistência sem fundamentação à pretensão posta em juízo.

O que se divisa, desse modo, é a ausência de plausividade da defesa apresentada, pois a parte está abusando do direito de resistir, ou possui característica procrastinatória, ainda que originariamente plausível.

Haverá abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência se firmar em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, e o demandado insista em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micrografadas, xerografadas etc.), o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença de mérito. (ALVIM, 1996, p. 72-73).

No entender de alguns juristas, a expressão *manifesto propósito protelatório do réu* é munida de falha, pois desprovida de lógica seria a antecipação tutelar por estar o réu *projetando*, no plano das idéias, estender o proces-

so. O correto, para esses juristas, seria que o réu estivesse *praticando* atos que estivessem potencialmente propícios a prolongar o andamento processual. A expressão *propósito do réu* trazida na legislação, para os que comungam esse entendimento, não condiz com a intenção do legislador, pois não se poderia punir a mera intenção do réu, sem que houvesse um ato específico que a exteriorizasse. 'Analisa-se a situação do autor e, exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, concluir-se pela necessidade ou não da antecipação e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que danos ocorrerão.' (PASSOS)<sup>5</sup>

### 3.1.4 Irreversibilidade

É sabido que a antecipação da tutela, nos moldes como exposta na legislação processual brasileira, empresta executividade à decisão que a deferre. Destarte, a execução da tutela antecipada se verificará de acordo com os incisos II e III do art. 588 do CPC, relativos às execuções provisórias.

Tendo em vista o caráter provisório da execução, seria inconcebível antecipar efeitos da sentença definitiva quando implicasse, de maneira irreversível, a perda de um bem ou de um direito da parte contra a qual se pleiteia a tutela antecipação.

Visando evitar danos irreversíveis à parte decorrente da antecipação tutelar, o legislador entendeu por bem mencionar que "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado." (art. 273, § 2º, do CPC). O mais acertado, porém, é ler-se *irreversibilidade dos efeitos*, pois, o provimento, enquanto decisão provisória, será sempre reversível, visto que é revogável, embora possa, no plano fático, produzir reflexos irreversíveis. É neste último aspecto que deverá ser interpretado o referido dispositivo legal. Dessa forma, a irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada constitui o quinto requisito identificado na redação legal supracitada.

Nesse sentido, parece ser recomendável ao julgador analisar cada caso concreto para que, se cassada a medida antecipatória quando proferida a sentença final, seja possível voltar à mesma situação fática vigente antes da liminar de antecipação. Portanto, o temor de que o prejuízo decorrente de uma antecipação tutelar não possa ser superado, constitui um limite para que seja atendido o pedido de tutela antecipada.

Muitos doutrinadores italianos imaginavam que a única forma de se evitar a irreversibilidade do prejuízo era a antecipação de apenas parte dos

<sup>5</sup> PASSOS, J. J. Calmon de (apud TEIXEIRA, 1996, p. 198).

efeitos da sentença de mérito, evitando, deste modo, a satisfação integral da pretensão, mas a jurisprudência orientou-se posteriormente em sentido contrário, sendo, hoje, unânime em admitir a antecipação também total dos previsíveis efeitos da sentença de mérito.

No Brasil, o mesmo ocorre:

PROCESSUAL — CONTRATO DE LEASING INDEXADO NA VARIAÇÃO CAMBIAL — AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL — PRETENSÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS CORRIGIDAS PELO INPC EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA — 1. É notório que a mudança do regime cambial trouxe profunda modificação nas relações contratuais em que o pagamento das obrigações pecuniárias era indexado ao valor da moeda norte-americana, daí decorrendo situações em que o pagamento se tornava excessivamente oneroso para o devedor. 2. Em decorrência desse fato, as autoridades financeiras têm procurado estabelecer mecanismos de forma a diluir o impacto dessa modificação cambial, atentas aos aspectos sociais que não podem ser ignorados. 3. Dessa forma, se apresenta razoável que se conceda a tutela antecipada parcial, facultando ao devedor o depósito das prestações vincendas, corrigidas pelo INPC até que seja julgada definitivamente a lide, não existindo o perigo da irreversibilidade da medida, pois que, se improcedente o pedido, poderá o credor exercer seus direitos em total plenitude. 4. Agravo provido. (RIO DE JANEIRO, 1999).

O entendimento mais coerente com a abordagem almejada pelo legislador ao traçar tal limitação ao instituto é o de que a *irreversibilidade* implica uma avaliação da natureza e circunstâncias do caso em questão:

Pense-se na hipótese de que para salvar a vida do paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível — aliás ‘irreversibilíssimo’ — admitindo, quando muito, a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas ninguém negará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273 do Código

de Processo Civil, amputar uma perna pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença final, revelar-se precipitada. (ALVIM, 1996, p. 74).

O caso em questão revela duas perspectivas que levam à possibilidade ou não do deferimento da tutela antecipada. No âmbito do ordenamento jurídico, graças aos diferentes valores atribuídos aos bens jurídicos, é que se dá a flexibilização do conceito de irreversibilidade. Neste caso, o bem da vida, muito mais valioso do que o motivo que levaria à não retirada do membro inferior, motivaria a grande maioria dos juízes a deferir a antecipação tutelar. Isso é o que ocorre no aspecto da praticidade cotidiana dos Tribunais.

Tecnicamente, entretanto, o instituto da tutela antecipada, parece-nos, não poderia ser aplicado ao caso em questão, já que se trata de um ato irreversível para a pessoa que se submeterá à perda de um membro, principalmente se, ao fim do processo, verificar-se a desnecessidade da medida.

De qualquer forma, ainda que o juiz tenha em mente a correta noção acerca da irreversibilidade como requisito para a concessão da antecipação da tutela pretendida, verificá-la não é questão de todo óbvia, a ponto de inexigir uma certa ponderação de sua parte.

A esse respeito, o entendimento geral é por não admitir a reversibilidade por perdas e danos, a não ser que esteja em questão a *sobrevivência da pretensão do autor*.

Como regra geral a reversibilidade não deverá ser a solução de perdas e danos, ao depois da decisão (sentença ou acórdão) em que se venha a cassar a tutela antecipatória. No entanto, em casos extremos, de perecimento da pretensão do autor, ou de dano que só com a antecipação da tutela pode ser evitado, a solução que poderá corretamente vir a ser adotada é a de resolver-se o assunto até assumindo o risco das perdas e danos. A reversibilidade por perdas e danos – e a lei não explicita o que entende por reversível – é uma solução possível, mas só deve ser assumida naqueles casos em que isso seja necessário à sobrevivência da pretensão do autor. (ALVIM, 1996, p. 90).

Conclui-se que, em casos como esse, em que a irreversibilidade seja apenas pecuniária, é perfeitamente ponderável a atitude do juiz que defere a antecipação mediante caução idônea do autor (art. 588, II, do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.444/2002).

Não se pode negar, como é fácil divisar sobre todos os requisitos

supracitados, a complexidade em se restringir o alcance dos conceitos de expressões e termos excessivamente vagos, tais como: *prova inequívoca*; *verossimilhança*; *dano irreparável ou de difícil reparação*; *irreversibilidade*.

### 3.2 Recurso da decisão que aprecia a antecipação da tutela

Há quem entenda que o exame da tutela antecipada implica a análise do mérito da causa. O recurso cabível, neste sentido, seria o de apelação. “Destarte, a decisão que antecipa a tutela está sujeita a reexame. Por que meio? Será sempre decisão que analisa o mérito e, no meu entendimento, como mesmo grau de cognição que autoriza a decisão definitiva, da qual cabe recurso de apelação.” (ALVIM, 1996, p. 206).

Todavia, seguindo a ótica de que no Direito brasileiro o que importa para efeito de recurso é a *repercussão na dinâmica do processo* e não a natureza da decisão (que lhe parece mais correta), chegou-se à conclusão, a meu ver correta, de que a decisão que aprecia o pedido de antecipação de tutela não exaure o ofício jurisdicional do magistrado.

Dessarte, nada mais correto afirmar, com a ampla maioria dos doutos, que o recurso que desafia a decisão que defere ou não a antecipação de tutela – por se tratar de decisão interlocutória – é o agravo.

E assim não poderia ser de outra maneira, tendo em vista que a decisão que aprecia o pedido antecipatório não extingue a relação jurídica processual.

Ademais, sendo lícito o requerimento perante o tribunal exercente do segundo grau de jurisdição, a mim me parece que pessoa alguma teria a coragem de asseverar ser a decisão aí proferida uma sentença.

## 4 A NATUREZA JURÍDICA DAS LIMINARES NAS AÇÕES ESPECIAIS

O mandado de segurança é um *remédio constitucional*, com natureza de ação civil de rito especial, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou dos que lhe façam as vezes (agentes da pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público). Daí entender-se a sua classificação como sendo um remédio heróico, ou seja, um meio de que dispõem aqueles detentores de um direito líquido e certo, de sanar, corrigir a ilegalidade ou o abuso de poder.

Ele se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1934, momento do surgimento da normatividade constitucional dos direitos sociais, sendo regulamentado pela Lei nº 1.533/51.

Como o mandado de segurança, a ação popular, por outro lado, é um

remédio constitucional originário do Direito romano. Possui tal nomenclatura por ser atribuída ao povo, ou a uma parcela dele, a legitimidade para pleiteá-la, visando interesses da coletividade; assim, ela visa à defesa da coisa pública, assim como da moralidade administrativa. É, em resumo, o meio de que se investe qualquer cidadão para exercer um poder político.

Tratando-se de um instrumento de participação política em benefício do povo, é ação civil por meio da qual é buscada a tutela jurisdicional visando obter a nulidade de atos que sejam lesivos ao patrimônio público ou entidade com participação do estado, à moralidade da administração, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A sua regulamentação infraconstitucional acha-se a cargo da Lei nº 4.717/85, cabendo observar que se trata de uma lei anterior à Constituição Federal de 1967 e à Emenda à Constitucional nº 1 de 1969, motivo pelo qual deverá ser entendida à luz da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXIII), que lhe majorou o objeto.

Por fim, temos a ação civil pública, instrumento utilizado para dirimir ou mesmo impedir danos que afetem o meio ambiente, os bens e direitos de valor cultural e histórico, consumidor e quaisquer outros interesses de característica difusa ou coletiva.

Apesar de seu surgimento ter se dado pela Lei nº 7.347/85, seu campo de incidência e os interesses por ela defendidos sofreram extensão significativa pela Lei nº 8.078, de 11.09.1990, correspondente ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. A partir de então, a ação civil pública passou a abranger interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

A respeito da previsão de liminar no *writ*, o art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51 prevê:

---

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará :

---

II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

---

Também encontra-se permitida a concessão de liminar na ação popular. Destarte, a Lei nº 4.717/65, em seu art. 5º, § 4º, prevê: “Na defesa do patrimônio público caberá suspensão liminar do ato lesivo impugnado.”

Finalmente, a liminar está, da mesma forma, prevista na ação civil

pública, Lei nº 7.347/85, no art. 12: "Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo."

Com relação à natureza das liminares relativas às ações acima mencionadas, já foi dito *supra* que, antes da reforma do Código de Processo Civil de 1994, o único caminho viável de aceleração dos processos como método de preservação dos direitos ameaçados pela delonga processual era o das medidas cautelares. Assim, muitas vezes, essas medidas exerciam função diversa da que lhes fora reservada pelo legislador, ou seja, o papel de guardiães da eficácia do processo principal era dissipado pela satisfatividade que passavam a conceder dentro do processo.

Assim, não poderia ocorrer de forma divergente com relação às liminares, particularmente, as concedidas dentro de tais ações especiais, que, não obstante terem natureza de ações de cognição, possuíam medidas de natureza cautelar no seu processo, por força de expressa previsão legal. Esse o entendimento de Meirelles (1996), em sua obra dedicada a essas ações.

Consoante, portanto, os dizeres da lei de regência do *mandamus*, a concessão da medida liminar poderá ser concedida quando: a) forem relevantes os fundamentos da impetração e b) do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial. Eis, portanto, os dois pressupostos autorizadores da admissão das liminares, aos quais Meirelles (1996, p. 58) denomina *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e vai além, afirmando incisivamente que "[...] A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante [...]."

Num primeiro momento, tenciona descartar a possibilidade de se admitir a natureza antecipatória dos efeitos da sentença final para as medidas liminares. Seriam, portanto, de natureza cautelar, chegando-se, pois, à resposta total do problema levantado, já que as previsões de liminares para as demais ações – ação civil pública e ação popular – estão em conformidade com a que faz a lei mandamental: "Nosso Anteprojeto era sintético e propunha um rito especial assemelhado ao do mandado de segurança."

É de se esperar que o doutrinador tenha o entendimento acima referido, pois à época em que escreveu acerca desse assunto não existia ainda a figura da tutela antecipada.

Ainda assim, analisando o entendimento do jurista, facilmente vislumbra-se que, em momento algum, há impossibilidade em se entender como antecipatória a natureza jurídica de tais liminares.

Sabe-se que a medida liminar mandamental tem o intuito de suspender provisoriamente os efeitos do ato impugnado. Esse termo *suspender* deve ser entendido no sentido de que, com a medida liminar, aquele ato impugnado pelo mandado de segurança não terá eficácia, ainda que provisória, pois algu-

mas medidas (que no início seriam apenas de natureza cautelar) deferidas pelo magistrado impedem que o ato venha causar danos irreversíveis ao autor da impugnação.

Quanto aos requisitos autorizadores do deferimento das liminares, não poderiam ser interpretados como sendo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, de forma incondicional, tendo em vista que os próprios requisitos fundamentadores da ação mandamental (direito líquido e certo), denotam certeza muito maior que a de simples *fumaça* do direito alegado, o que permite o cabimento de um conceito de probabilidade, ou melhor, de verossimilhança, um dos elementos necessários para fundamentar o pedido de antecipação da tutela. Quanto ao perigo da demora, capaz de gerar a ineficácia da ordem judicial, aqui também encontra-se respaldo no inciso I do art. 273 do CPC, “[...] fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;” decorrente, também, da espera pela decisão final.

Portanto, não há nada que impossibilite, no aspecto formal, a afirmação de ser cautelar ou antecipatória dos efeitos da decisão final a natureza das respectivas liminares.

A partir desse apanhado de argumentos em torno da possibilidade de se obter uma liminar de natureza antecipatória, chega-se à pergunta natural: qual seria o elemento norteador para o enquadramento juridicamente correto da natureza das liminares aqui sob comento no caso concreto?

É este, especificadamente, o *punctum dolens* no qual se pretende jogar ares de clareza por haver profundo desvio de perspectiva por parte de doutrinadores e tribunais.

É cediço que o pedido é o núcleo da demanda deduzida em juízo, exprimindo tudo o que o autor pretende do Estado em relação ao réu. Dessa forma, faz-se mister acolhê-lo como critério diferenciador, no caso concreto, para se perquirir sobre a natureza jurídica das liminares citadas.

Dessarte, quando a parte propõe demanda mandamental, coletiva ou popular e requer ao magistrado – além do definitivo – um *decisum* liminar, cabe perquirir, no afã de se revelar a sua natureza jurídica, se os pedidos (principal e liminar) são coincidentes em conteúdo.

Dessa forma, a impetração, *e. g.*, de um *writ of mandamus* cujo pedido principal é tão-somente efetivar matrícula que foi obstada por ato ilegal do respectivo Reitor de Universidade e perfaz pedido liminar de conteúdo coincidente em razão da iminente expiração do prazo para aquele ato de inscrição.

Ambos os pedidos – liminar e principal – são coincidentes em conteúdo. Há perfeita identidade de núcleos, tanto no pedido principal quanto no liminar.

Havendo essa conformidade, no tocante ao pedido liminar, estamos frente a um pedido de antecipação de tutela, e, não, como se poderia imaginar,

de uma providência cautelar, visto que, à luz da completa identidade existente entre os pedidos, o magistrado, ao conceder a liminar, estará, na realidade, antecipando os efeitos da tutela pretendida a final.

A outro giro, nessa mesma hipótese, caso o pedido liminar vise à consecução de medida que em nada se identifique diretamente com o conteúdo do pedido principal formulado na demanda e se restrinja tão-só a assegurar a eficácia prática do processo na qual está inserida, tratar-se-á de mera medida cautelar.

É o que ocorre também na ação popular, bem como na ação civil pública.

Portanto, já que há condições formais de se admitir que as liminares da ação civil pública, da ação popular ou do mandado de segurança assumam a natureza de tutela antecipada, tampouco há impossibilidade do mesmo ocorrer na prática.

Reside, portanto, a relevância teórico-prática da distinção no fato de que, ao se deparar com tais pedidos liminares, o magistrado deverá perquirir sobre a coincidência ou não entre aqueles e o pedido principal para ter ciência de quais os requisitos, da antecipação de tutela ou das cautelares, que o requerente da medida deverá cumprir e que obrigatoriamente passarão pelo crivo judicial.

Cabe ressaltar ainda que, dependendo da natureza jurídica encontrada na liminar, caberá ou não recurso da decisão que a aprecia, no concernente ao mandado de segurança, em particular.

Tais consectários, decorrentes de ser a liminar antecipatória dos efeitos do provimento final ou garantidora do resultado prático do processo, recaem não só na parte que pleiteia a medida liminar mas também e, principalmente, sobre a ótica do magistrado em analisar o processo, pois, tratando-se de liminar com caráter antecipatório da tutela, este terá de, com base nas provas constantes nos autos, formar um juízo de verossimilhança, significando que é muito provável que o alegado pela parte seja acolhido por ele no provimento final; do contrário, caso tenha em mãos uma pretensão liminar distinta do pretendido de forma principal na demanda, o que caracterizaria a medida cautelar, será suficiente que o juiz vislumbre mera possibilidade de que o alegado pelo autor venha a ser confirmado pela sentença final. São dois juízos de convencimento divergentes em conteúdo e grau e que implicam grandes conseqüências tanto no aspecto teórico quanto no prático.

Nada obstante, os tribunais não vêm fazendo quaisquer distinções,

asseverando, reiteradamente, que se faz mister tão-somente para o deferimento da liminar nas ações especiais a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – REVOGAÇÃO DE LIMINAR – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA DE EFEITO TERATOLÓGICO EMANADO DO ATO DITO ILEGAL, *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA* NÃO CARACTERIZADO. I – Inexistindo direito líquido e certo, os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ou efeito teratológico eventualmente emanado do ato dito ilegal, não há como lançar mão do *writ*, até porque tal não se coloca como sucedâneo de recurso próprio. Precedentes do STJ. II – Recurso improvido. (BRASIL, 2000a).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR INDEFERIDA – PARALISAÇÃO DE OBRA CONSTRUÍDA EM CONJUNTO ARQUITETÔNICO TOMBADO – EMBARGO ADMINISTRATIVO NÃO ACATADO – ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA – *PERICULUM IN MORA* AUSENTE – PREJUDICIALIDADE AGRAVO – I. Não merece censura a decisão judicial que, à vista dos elementos constantes dos autos, conclui pela ausência de razoabilidade nos fundamentos que embasam o ato da Administração (embargo administrativo). Ilegalidade da obra não evidenciada, em juízo de cognição sumária. II. Não se faz presente, igualmente, na espécie, o alegado *periculum in mora*, quando decorridos seis anos do início da construção da obra impugnada, provavelmente já concluída, de altíssima relevância social (construção de uma rampa de atracamento, para barcos, no Cais do Porto de Jacaré – Alcântara/MA). [...] IV. Recurso julgado prejudicado. (BRASIL, 2000b).

Como visto, sem uma análise mais profunda sobre a identidade do pedido liminar em relação ao pedido principal, os Tribunais, ora facilitam – na hipótese de ser antecipação da tutela e serem exigidos os requisitos da medida

cautelar – ora obstam o deferimento de liminar de natureza cautelar ao argumento de não estarem presentes os requisitos da tutela antecipatória.

## 5 A LEI Nº 10.444, DE 07.05.2002

O legislador ordinário, prosseguindo no escopo de reforma do Código de Processo Civil, imbuído, como já afirmado, do sentimento de efetividade que o processo deverá ter hodiernamente, trouxe à lume a Lei nº 10.444/2002 que modificou um número significativo de dispositivos do estatuto processual.

Por se tratar de reforma operada na lei processual geral, importa reconhecer sua aplicabilidade subsidiária às ações especiais aqui sob comentário.

Nesta esteira, a citada lei reformadora inseriu dois parágrafos (entre outras coisas), antes inexistentes, ao art. 273 do CPC, que trata da antecipação dos efeitos da tutela.

No que interessa ao presente trabalho, é de se tecer comentários à modificação operada no § 7º do art. 273 do CPC, do seguinte teor:

---

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (NR)

---

Pela simples leitura do novo parágrafo percebe-se facilmente sua obscuridade, deixando dúvidas sobre o proceder do magistrado quando ocorrente a hipótese ali exposta.

Ao autorizar o juiz a deferir medida cautelar – presentes os respectivos requisitos – em caráter incidental ao processo ajuizado, quis o legislador que fosse permitida a instauração de ação cautelar incidental, ou seja, aquela proposta quando já em curso a demanda principal ou que o pedido liminar de natureza cautelar fosse apreciado no bojo dos próprios autos do processo de conhecimento em curso, tal qual ocorre com as liminares previstas nas leis especiais *sub examen*?

A despeito da letra da lei levar à conclusão, *prima facie*, de que o magistrado deva autuar em separado cópia da petição inicial dando ensejo à nova relação jurídica processual, desta vez de caráter cautelar, estamos que tal pedido liminar – que contenha natureza cautelar – deve ser apreciado nos próprios autos do processo principal de conhecimento em que foi requerido. Isso

porque os princípios da celeridade, efetividade, economia processual, entre outros, aconselham. E, ademais, como asseverado, nada obsta, nas ações especiais aqui sob comentário, que, apreciando a coincidência ou não do pedido liminar ao principal, o juiz aprecie, proferindo decisão, a demanda liminar, presentes os respectivos requisitos.

Não é crível, ainda, que o legislador quisesse, ao menos no que toca às ações especiais, a instauração de novo processo, desta vez de natureza cautelar, aumentando e muito o número de feitos nos tribunais, haja vista que a reforma do CPC se faz imbuída do sentimento de instrumentalização processual.

Além disso, no que diz respeito à ação civil pública, ação popular e ao mandado de segurança, há previsão legal autorizando o pedido liminar – como de resto para qualquer ação de cognição com fulcro no art. 273 do CPC – cuja natureza não importa para o desenvolvimento regular da relação jurídica processual, senão para a análise dos requisitos incidentes.

Nada obsta, portanto, e, ao revés, tudo aconselha, que, mesmo possuindo caráter cautelar o pedido liminar, não seja criada outra relação jurídica processual, de conteúdo cautelar, podendo – e até mesmo devendo – o magistrado analisá-lo nos próprios autos do processo de conhecimento, discernindo, apenas, quanto aos requisitos aplicáveis ao referido pedido.

## 6 CONCLUSÃO

A história de mudanças dentro do Direito possui estreita relação com a que se observou nas transformações sociais, porque aquela deriva dessa última, pois não se pode admitir o Direito em desacordo com a conjuntura social.

Foi nesse contexto que se verificou a reforma do Código de Processo Civil brasileiro (*as minirreformas*), em que, entre várias alterações na linha processual brasileira, pode-se dizer que o aparecimento da tutela antecipada foi, possivelmente, a inovação mais marcante, se considerada a grande necessidade de meios aceleradores do andamento processual na época.

Até aquele momento, o Direito encontrava-se enfraquecido, não só pelas delongas processuais mas também pela utilização incorreta de institutos com função legalmente delimitadas, para suprir a deficiência do ordenamento jurídico em relação às demandas litigiosas da sociedade. Exemplo disso foi o que acontecera freqüentemente com as medidas cautelares, que assumiam papel muito diferente do que lhes fora reservado pelo legislador, quando, muitas vezes, deixavam de ser garantidoras da eficácia do processo, para anteciparem os efeitos de um provimento final, cujo caráter satisfatório repugnava a mente dos estudiosos.

Com o surgimento da tutela antecipada, calcada nos arts. 273 e 461 do

CPC, essa confusão pôde ser desfeita.

A questão fica ainda mais agravada quando analisada sob o aspecto prático. Assim, seria muito complicado discorrer seguramente acerca da natureza jurídica de algumas liminares, especialmente quando se trata daquelas previstas em leis especiais como o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular. Aqui, as liminares ora parecem assumir a natureza das medidas cautelares, ora assemelham-se mais à tutela antecipada.

Analisando ambos os institutos jurídicos verificou-se que poderão ser confundidos com facilidade, e ainda o são; mas isso apenas será viável caso o aplicador ou demais envolvidos na questão não tenham o conhecimento adequado a respeito das medidas cautelares e da tutela antecipada, pois, após analisar seus requisitos e, principalmente, os objetivos a que se destinam, verifica-se o quão diferentes são esses dois entes jurídicos.

Engana-se, pois, quem vaticinou que o legislador tinha por desiderato substituir um instituto pelo outro.

As liminares previstas nas ações especiais aqui mencionadas encontram respaldo nas respectivas leis instituidoras, anteriores à reforma processual que inseriu a tutela antecipada na lei geral. Tal fato explica a posição doutrinária mais antiga em relação a novel instituto da antecipação da tutela, que confere natureza cautelar às liminares mandamentais e, por consequência, às da ação civil pública e ação popular.

Todavia, ainda que houvesse falta de previsão legal da antecipação da tutela – de forma genérica – não há nenhum elemento normativo forte o suficiente que impeça a atribuição antecipatória à natureza jurídica de tais liminares. Após lidos e analisados os elementos formais das previsões liminares nas leis respectivas, constatou-se a ausência de impedimento para tal afirmação, no aspecto formal.

Complementando a linha de raciocínio, sob o aspecto prático, também é possível considerar o pálio da tutela antecipada sobre as liminares nas ações especiais ora consideradas. Isso é possível quando o pedido formulado no instrumento peticional – momento de formulação da medida liminar – vislumbra a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional que seria provavelmente deferido na sentença final. Por tudo e com tudo, esse é genuinamente o cerne da tutela antecipada.

Nessa esteira, sem excluir o posicionamento pretérito que atribuía a tais liminares a qualidade de medidas cautelares, é, da mesma forma, admissível que sejam identificadas como antecipação tutelar. E o critério para estabelecer uma ou outra natureza é o pedido.

De outro lado, a modificação operada ao art. 273 do estatuto proces-

sual com o adicionamento de dois parágrafos, precipuamente o sétimo, não poderá lograr interpretação que obste determinadas conquistas de celeridade e efetividade no moderno processo civil brasileiro.

É possível, dessarte, que as liminares nessas ações especiais assumam a posição de tutela antecipada ou de medida cautelar, dependendo da existência ou não de identidade, como afirmado alhures, entre o interesse imediato (pedido principal) pretendido por meio delas e o petitório liminar. E a opção, pelo demandante, de um ou outro instituto trará consequências de significância altamente relevante que ao jurista não é dado deslembrar.

### Referências Bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. A antecipação da tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 4913-MG. Recorrente: Max Administradora de Consórcios Ltda. Recorrido: 2R Comercial Ltda. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 27 de março de 2002. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 29 maio 2000. p. 146.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Agravo de instrumento nº 01183629-MA. Agravante: Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC. Agravado: Município de Alcântara. Relator convocado: Juiz Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 08 de junho de 2002. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 22 set. 2002. p. 34.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COSTA, Geraldo Gonçalves da. A tutela antecipada nas ações locatícias. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 2, n. 24, p. 45-48, dez. 1998.

DELGADO, José Augusto. Tutela antecipada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 41-44, dez. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA,

Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Ação Monitória. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 35-37, fev. 1997.

LEIVA, Antônio Balsalobre. A jurisprudência do STF e o novo agravo de instrumento. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 53-55, mar. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 3.265 – Comarca da Capital. Agravante: José Maria Andrade Lopes. Agravado: Safra Leasing S/A. Relator: Des. Nilson de Castro Dião. Rio de Janeiro, 10 de agosto de 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 2, n. 20, p. 42-43, ago. 1998.

# **PRISÃO DO FALIDO: CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 35 DO DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21.06.1945**

**RAQUEL RIBEIRO**

Coordenadora da Promotoria de Justiça de Falências e Concordatas da  
Comarca de Belo Horizonte – MG

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.  
Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito,  
e na outra a espada, de que se serve para o defender.  
A espada sem a balança é a força brutal;  
a balança sem a espada é a impotência do direito.  
(Rudolf Von Ihering)

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 Particularidades do processo de falência – 3 A prisão do falido prevista no artigo 35 da Lei de Falências – 4 A característica administrativa da prisão do falido preconizada no artigo 35 da Lei de Falências – 5 A característica civil da prisão do falido preconizada no artigo 35 da Lei de Falências – 6 Conclusão

## **1 INTRODUÇÃO**

O moderno mundo negocial, emoldurado pela sociedade capitalista, exige que o processo econômico de circulação de riquezas desenvolva-se sob uma segura e eficiente estrutura de preservação do crédito público. É o crédito sadio, nascido de uma relação de confiança entabulada entre credor e devedor, que sustenta a atividade mercantil e garante o giro dos negócios.

O comerciante combatido, que não salda seus débitos no prazo assinado, contribui para o abalo do crédito, gerando uma onda de desconfiança que, se espalhada pela comunidade mercantil, pode causar prejuízos incalculáveis na ordem socioeconômica. Nesse contexto, visando salvaguardar a saúde do sistema econômico, surge o instituto da falência como meio hábil a coibir o mau uso do crédito, cuidando de alijar do mercado aquele que não tem condições de participar do universo dos negócios.

Poder-se-ia dizer, assim, ser a falência um instrumento de proteção da ordem econômica, brandido pela mão do Estado e vivificado pela sentença de quebra, objetivando, no plano mediato, assegurar a tranquilidade das relações negociais fundadas na utilização do crédito e contribuir para a higidez do sistema mercantil.

Por outro lado, no plano imediato, não menos expressivos são os interesses tutelados pelo instituto da falência. Uma vez decretada a quebra, o processo de execução coletiva busca partilhar o patrimônio do falido entre os componentes da massa de credores, obedecida a ordem preferencial dos créditos.

Sob qualquer ângulo que se queira analisar, não há como dissociar a falência de questões intimamente ligadas ao interesse coletivo, como, por exemplo, emprego, arrecadação fiscal, fortalecimento do crédito, equilíbrio do mercado, preservação das empresas sadias etc.

A falência é, pois, um fenômeno de cunho social.

## 2 PARTICULARIDADES DO PROCESSO DE FALÊNCIA

Os relevantes interesses sociais protegidos pelo instituto da falência exigiram certas particularidades de suas normas reguladoras, forjadas de modo compatível com o caráter público de que se revestem. Assim é que a publicidade da sentença de falência, até pelo seu efeito *erga omnes*, faz-se de forma diversa das demais sentenças cíveis, dela decorrendo efeitos imediatos como a pronta perda do direito do devedor de administrar seus bens e deles dispor (art. 40 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945).

Outro efeito importante da declaração da quebra é que a mera abertura da falência gera para o falido uma série de deveres, entre eles o de comparecer perante o Juízo da falência para informar os motivos da bancarrota, o nome do contador responsável pela escrituração da empresa, os eventuais mandatos outorgados, a existência de possíveis bens não encontrados no estabelecimento etc. Tem ainda o falido, entre outras obrigações capituladas no art. 34 do Decreto-Lei nº 7.661/45, a de não se ausentar do lugar da falência sem autorização judicial, comparecer a todos os atos do processo, entregar todos os livros, papéis, bens e documentos atinentes à falida.

Tais deveres derivam da imprescindível presença do falido nos autos falimentares, como forma de assegurar a efetividade do processo. Essa imposição legal é *sui generis*, pois, no dizer de Candian,<sup>1</sup> o falido é "sujeito passivo da execução coletiva" e a lei processual, via de regra, não obriga o sujeito passivo a intervir nas fases do processo.

Contudo, tratando-se de falência, tal intervenção não apenas é obrigatória como dela depende o atingimento dos objetivos buscados por meio da execução concursal. Afinal, o processo de falência visa equacionar, da maneira mais abreviada possível, o estado mórbido criado pela utilização anormal do crédito, e o alcance de tal desiderato exige a cooperação diligente do falido,

<sup>1</sup> CANDIAN, Aurélio (apud Requião, 1998, p. 169).

pessoa que melhor conhece as circunstâncias deflagradoras da quebra. Por mais denodado que seja o administrador da massa, há informações que não estarão ao seu dispor, caso o falido não o ajude. Por isso deve o falido “auxiliar o síndico com zelo e lealdade” (art. 34, VII, do Decreto-Lei nº 7.661/45).

Na fase cognitiva do processo falimentar – que visa delimitar os valores do ativo e do passivo, bem como apurar as responsabilidades criminais eventualmente existentes – a colaboração do falido assume ainda maior relevância do que na fase da liquidação. Com efeito, o que o síndico conhece sobre a falida é o que está nos autos e na escrituração da empresa e, mesmo assim, supondo-se que os livros mercantis obrigatórios tenham sido devidamente apresentados pelo falido ao administrador da massa. Consequentemente aos deveres do falido, o abalizado Valverde (1999, v. 1, p. 256) preleciona:

[...] Os deveres, que a lei lhe impõe, visam, principalmente, a facilitar o trabalho de organização do processo falimentar. Não interessam, quanto aos seus resultados, somente ao falido. São informações e esclarecimentos, julgados pela lei indispensáveis à boa marcha da falência, os quais unicamente o falido está em condições de prestar, com segurança e rapidez.[...]

A participação do falido é de crucial importância na fase informativa da falência, sendo ponto alto do processo o momento de suas declarações, verdadeira força motriz da execução concursal. Se o comerciante efetivamente tiver interesse em preservar seu bom nome profissional e em demonstrar ter sido a falência uma fatalidade, certamente contribuirá para os trabalhos do síndico, cuidando de apresentar para arrecadação a integralidade de seus bens e fornecendo todas as informações de valor para o regular processamento da quebra. Ademais, somente um motivo escuso poderia justificar a intenção do falido de não prestar assistência ao síndico, deixando de cooperar para o bom andamento do processo falimentar.

Ocorre que, lastimavelmente, é comum os falidos desaparecerem, como se o sumiço fosse mais um dos efeitos imediatos da decretação da quebra. Desaparecem, sem prestar qualquer esclarecimento, levando com eles os livros contábeis da empresa e impedindo assim que o síndico apure as causas da bancarrota. Vê-se o síndico, então, diante de um imóvel fechado – quase sempre locado e em débito com os alugueres –, desguarnecido de qualquer bem arrecadável e sem acesso aos registros contábeis da empresa, fatos que conduzem o feito para os inevitáveis caminhos da falência frustrada. Deixam dívidas e nada mais.

Para esses falidos a lei reserva o meio constitutivo da prisão, no escopo de compeli-los ao cumprimento de suas obrigações (art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45) e contribuir, conseqüentemente, para o sucesso do processo falimentar.

### **3 A PRISÃO DO FALIDO PREVISTA NO ARTIGO 35 DA LEI DE FALÊNCIAS**

A prisão prevista no art. 35 da Lei de Quebras é medida aplicável especificamente ao falido recalcitrante, porquanto a mera condição de falido não enseja, por si só, qualquer sanção. E os falidos que sonegam informações ao síndico e não cooperam para o êxito do processo merecem mesmo ser alvo de medida compulsória desse jaez. É que eles devem responder pela nova situação jurídica criada com a falência, sujeitando-se às limitações que dela surgem. São responsáveis por mencionada situação, direta ou indiretamente, e não podem, simplesmente, após deixar o barco à deriva, abandoná-lo como se nada do que ocorresse ali fosse de seu interesse.

Na prática, a prisão tem se mostrado meio eficiente de coação dos falidos para cumprimento de suas obrigações legais, verdadeiro trunfo nas mãos do julgador, consubstanciando-se no único meio realmente eficaz previsto na lei para assegurar o bom andamento do processo de falência.

Todavia, em que pese a relevância assumida pela norma do art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45 para o desfecho da falência, sua constitucionalidade vem sendo questionada após o advento da Carta Magna de 1988. Tal entendimento, capitaneado pelo Ministro Moreira Alves, ancora-se na pretensa incompatibilidade do artigo citado com as disposições insertas no art. 5º, LXI e LXVII, da CF/88, que não admitiriam essa modalidade de prisão.

Mas essa tese da não recepção do art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45 é, *data venia*, equivocada.

As normas constitucionais apontadas como revogadoras do art. 35 da Lei de Falências apenas aboliram do nosso ordenamento legal a prisão decretada por autoridade administrativa, reafirmando, outrossim, a proibição da prisão por dívida. Entretanto, a prisão prevista no já aludido art. 35 não é prisão por dívida nem jamais fora decretada por autoridade administrativa. Em verdade, a Constituição vigente, ao trazer as alterações domiciliadas nos incisos LXI e LXVII do art. 5º da CF/88, em nada inovou a aplicação da Lei Falimentar.

### **4 A CARACTERÍSTICA ADMINISTRATIVA DA PRISÃO DO FALIDO PRECONIZADA NO ARTIGO 35 DA LEI DE FALÊNCIAS**

O Código de Processo Penal – CPP conceitua a prisão administrativa *stricto sensu* em seu art. 319, fazendo-o no mesmo capítulo em que trata da prisão civil, englobadas ambas na rubrica *Da prisão Administrativa*. Vê-se, da análise desses artigos, que as medidas constitutivas ali previstas possuem caráter

coativo, ou seja, visam restringir a liberdade como meio de coagir alguém à prática de algum ato. Assim, por não possuírem caráter penal ou processual penal, tem a doutrina ressaltado unanimemente a inadequação tópica de aludidas normas (NUCCI, 2002; MIRABETE, 1997; NORONHA, 1987).

A definição de prisão administrativa suscitou fervorosas discussões na doutrina. Para Lima (1980, p. 21) consiste em:

[...] medida civil de caráter coercitivo, criada por norma jurídica geral, impessoal e permanente, imposta a quem, agente da Administração ou não, infringe certo dever jurídico. A ela se submetem os omissos e remissos em entrar para os cofres públicos com dinheiro sob sua guarda, ou soneguem, ou extraviem bens e valores da Fazenda Pública; o estrangeiro que deserta de navio mercante ou de guerra surto em porto nacional; depositário infiel; falido que não cumpre com os deveres que a lei lhe impõe; testemunha faltosa; pessoa que resiste à diligência para cumprimento da prestação de alimentos, e em virtude de enriquecimento ilícito.

A evolução histórica do instituto demonstra ter referida prisão surgido como forma de resguardar o interesse fazendário, *i.e.*, o patrimônio público.<sup>2</sup> Ante seu caráter eminentemente civil, há uma tendência em denominar-se de administrativa toda prisão extrapenal, o que, aliás, foi adotado por nosso Código de Processo Penal.

Para o processualista Mirabete (1997, p. 425), “[...] em sentido estrito, prisão administrativa é aquela decretada por autoridade administrativa,<sup>3</sup> por motivos de ordem administrativa e com finalidade administrativa”. Já a prisão administrativa em sentido amplo encamparia as chamadas prisões extrapenais. Na esteira desses conceitos, durante a vigência da atual Lei de Falências, consolidaram doutrina e jurisprudência o entendimento de que a prisão prevista no art. 35 seria espécie de prisão administrativa, respaldada pela regra do art. 319, III, do CPP, embora não emanasse de autoridade administrativa. Reza o artigo em comento:

<sup>2</sup> Na legislação brasileira surge o instituto com a previsão inserta no Alvará de 28.06.1808, mantida pelo Decreto nº 657, de 05.12.1849, que assim dispunha, em seu art. 2º: “[...] o ministro e secretário de estado dos negócios da fazenda e presidente do tribunal do tesouro nacional na corte, e os inspetores das tesourarias nas províncias podem e devem ordenar a prisão dos tesoureiros, recebedores, coletores, almoxarifes, contratadores e rendeiros, quando forem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros a seu cargo nos prazos que pelas leis e regulamentos lhes estiverem marcados.”

<sup>3</sup> Desde o advento da Constituição Federal de 1988, qualquer tipo de prisão somente pode ser decretada por autoridade judiciária, excetuadas raras hipóteses.

Art. 35. Faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser preso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor (grifo nosso).

A norma em foco não traz em si as características de uma genuína e própria prisão administrativa, já que a autoridade competente para decretá-la é o juiz da falência e não o síndico que administra a massa. Apesar desta particularidade, pelas características coincidentes entre a prisão administrativa e aquela prevista no art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45 (ambas visam ao cumprimento de uma obrigação por meio de uma medida coercitiva de caráter não penal), a doutrina solidificou o entendimento de que se trata de prisão administrativa de natureza coercitiva, e não punitiva, objetivando coagir o falido a praticar certos atos considerados obrigatórios pela lei específica.<sup>4</sup>

Com acerto a doutrina. Diz-se administrativa a prisão em questão não porque é decretada por autoridade administrativa propriamente dita, mas sim e tão-somente porque é ordenada pelo juiz da falência no exercício da atividade administrativa de condutor do processo. Sobre o tema, Lima (1980, p. 87) teve a oportunidade de asseverar: “É uma prisão civil, em que o caráter administrativo está ligado apenas à faculdade que tem o juiz, dentro de sua jurisdição, de administrar o processo, do qual é Diretor.”

Embora conceituada como prisão administrativa, repita-se, a prisão do falido sempre fora decretada pelo juiz da falência, consoante se deflui do texto normativo acima transcrito. Entretanto, até a Constituição de 1988, a prisão administrativa podia ser decretada por autoridades administrativas em alguns casos, mas nunca nos relativos à falência. Assim, referentemente às prisões administrativas, o que mudou com o advento da Constituição vigente foi que passou a ser proscrita a decretação de qualquer prisão por autoridade que não a judiciária,<sup>5</sup> salvo nos casos de transgressão militar ou de prática de crimes propriamente militares, quando é determinada pelo comandante militar.

Pretendeu o legislador constitucional, com essa alteração, coibir abusos que vinham recorrentemente acontecendo principalmente nos meios policiais, em que não se poupavam as chamadas *prisões para averiguações*. Foi a

<sup>4</sup> Esse o entendimento dos exponenciais doutrinadores Requião (1998), Batalha (1996), Valverde (1999), Almeida (1997) e Pacheco (2000). Tourinho Filho (1987, p. 340) alude ao fato de que há aqueles juristas que preferem denominar a prisão prevista no art. 35 da Lei de Falências como *prisão compulsiva*.

<sup>5</sup> Para Nucci (2002) e Mirabete (1997), após a Constituição Federal de 1988 estariam mantidas todas as prisões dispostas no art. 319 do CPP e outras prisões administrativas previstas em leis esparsas, desde que decretadas por juiz.

primeira vez na história constitucional pátria que se restringiu apenas ao juiz o poder de decretar a prisão.<sup>6</sup> Essa posição, de arrostar o arbítrio contra as ilegalidades da prisão, coaduna-se com os princípios mais basilares de respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso cuidou o constituinte de reservar para a autoridade judiciária, e somente para ela, o poder de decretação da prisão, como instrumento de salvaguarda do *jus libertatis*.

Reafirma-se, pois, a necessidade de ressaltar que a inovação trazida pelo art. 5º, LXI, da CF/88, não teve o condão de alterar a norma reguladora da prisão do falido, visto que sempre fora tal constrição decretada por ordem da *autoridade judiciária competente*.

## 5 A CARACTERÍSTICA CIVIL DA PRISÃO DO FALIDO PRECONIZADA NO ARTIGO 35 DA LEI DE FALÊNCIAS

O Direito Penal evoluiu no sentido de privilegiar a política criminal de restrição da pena privativa de liberdade aos casos de imperiosa necessidade. A prisão seria uma medida extrema manejada pelo Estado na consecução do bem comum. Significaria o sacrifício de um bem individual em prol do interesse coletivo. Evidentemente, por tratar-se do direito fundamental à liberdade, cuidou o constituinte de delimitar a ação do poder público quanto às decretações das prisões.

Se as prisões *ad poenam*, resultantes de sentença penal condenatória, são efetivadas apenas em casos de necessidade, em relação às prisões sem pena não seria diferente. As normas constitucionais vieram apenas corroborar uma linha de pensamento antes já deflagrada pela legislação infraconstitucional. Indubitavelmente a prisão é medida de exceção, mas é legal e necessária aos fins colimados pelo Estado. Ante determinadas circunstâncias e dentro dos devidos limites, a privação da liberdade, a par de legal, assume o caráter de imprescindível, tanto que consagrada em todas as Constituições do país.

Para Mirabete (1997, p. 359) a prisão civil é espécie de prisão sem pena, ao lado de outras três, quais sejam a prisão disciplinar, a prisão administrativa e a prisão processual penal ou provisória.

Mas a despeito das similitudes alhures ressaltadas, prisão civil e prisão administrativa não se confundem. Bulos (2002, p. 270-271) esclarece que ambas se distinguem “[...] porque a prisão administrativa objetiva salvar os dinheiros públicos, enquanto a prisão civil visa resguardar um interesse particular, como no caso do descumprimento de obrigação alimentícia.”

<sup>6</sup> A Constituição Imperial de 1824 referia-se a *autoridade legítima*, ao passo que as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, faziam alusão à *autoridade competente*. Hoje a Constituição é clara ao dispor que somente a *autoridade judiciária competente* poderá ordenar a prisão do cidadão.

Os interesses particulares que gravitam em torno da prisão civil *stricto sensu* estão aliados a uma finalidade econômica, já que as hipóteses constitucionalmente previstas resumem-se naquelas de dívidas por inadimplemento de obrigação alimentícia e infidelidade depositária.

Não se reveste de caráter retributivo, mas coativo, utilizado como instrumento de coerção para a prática de uma obrigação alimentícia ou depositária descumprida. Embora não tenha a prisão do falido conotação econômica, nem tampouco venha revestida de qualquer interesse particular, entre ela e a prisão civil há semelhanças que levam alguns doutrinadores a identificá-las.<sup>7</sup> Com efeito, pode-se considerar civil em sentido lato a prisão do falido, por cuidar-se de prisão não penal, oriunda de lei civil e praticada no âmbito da jurisdição civil.

O chamado *arresto personale per debiti* encontra registros históricos que remontam ao Código de Hamurabi. No Brasil restou consagrado nas Cartas de 1934, 1946, 1967 e 1969. Alvo das mais severas críticas por transformar o patrimônio em bem de maior valor do que a própria dignidade do homem, o instituto da prisão por dívida veio sendo mitigado, culminando atualmente em nosso ordenamento jurídico por abarcar apenas as hipóteses de inadimplemento de obrigação alimentícia e de infidelidade depositária.<sup>8</sup>

Evidentemente que tal previsão legal não retrata o primitivismo contado pela comédia shakespeariana encarnada pelo maligno Shylock, mas sim externa a necessidade de oferecer-se ao Judiciário instrumentos hábeis para o efetivo exercício do poder de coerção, elemento da jurisdição. Segundo Marmitt (1989, p. 15), ao magistrado “[...] devem ser abertas todas as portas para o exercício pleno da jurisdição, em benefício dos jurisdicionados, inclusive com a colocação a seu dispor de medidas cautelares e coercitivas, aptas a assegurar a integral aplicação da lei e a feitura da justiça.”

A questão evidente é que há previsão constitucional para o aprisionamento do devedor de alimentos que voluntária e inescusavelmente descumpra a obrigação alimentar, bem como para o depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF/88), casos excepcionais de prisão por dívida.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Noronha (1987) e Marmitt (1989).

<sup>8</sup> Quanto à prisão do devedor fiduciante doutrina e jurisprudência digladiam-se acerca de sua constitucionalidade. Há os que sustentam que a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica teria revogado a norma constitucional autorizadora da prisão do depositário infiel e, conseqüentemente, do devedor fiduciante. O Pretório já assentou entendimento de que o dito tratado internacional não é hábil a gerar esse efeito, já que merece ser interpretado nos lindes das normas constitucionais editadas como expressão da soberania do Estado (HC nº 72.131-RJ; HC nº 73.469-3; HC nº 75.362-1; HC nº 73.044-2-SP; HC nº 72.183-4-SP). O STJ, por outro lado, uniformizou jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel em alienação fiduciária. (RHC nº 8462-SP; RHC nº 8439-MG).

Surpreendentemente, após o advento da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal – STF passou a sustentar o entendimento de que a norma do art. 35 da Lei de Falências teria sido revogada pelo art. 5º, LXI e LXVII, da Lei Maior. Ocorre que, como já dito antes, a prisão estatuída naquele dispositivo legal jamais fora decretada por autoridade administrativa, nem tampouco categorizou-se como prisão por dívida. Destarte, os comandos constitucionais tidos como incompatíveis com o art. 35 da Lei de Falências com ele não guardam a relação que equivocadamente tem sido considerada pelo Pretório.

Diz-se que a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos é prisão por dívida porque em ambos os casos o inadimplemento legitima o viés executório. Assim, a medida constritiva da prisão visa resguardar direito privado de ordem econômica. A prisão do falido, ao contrário, reveste-se dos interesses coletivos próprios do processo de falência, como já ressaltado. Bezerra Filho (2003, p. 195-196) assevera:

Parece recomendável manter-se efetiva a possibilidade de decreto de prisão, a ser decretada com extrema cautela por parte do juiz; afastando-se a possibilidade de prisão, pode inviabilizar o andamento da falência, por resistência do falido, que passa a negar sua colaboração e pode travar o andamento do feito, em prejuízo de todos os seus credores. Enfim, ante o amplo espectro de prejuízo que pode advir da falência, ante o descrédito no qual o instituto da falência pode cair por sua inoperância, parece recomendável manter-se a possibilidade do decreto de prisão, sempre observada extrema cautela e parcimônia por parte do juiz em sua aplicação.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem defendido entendimento diverso daquele esposado pelo STF. No acórdão prolatado no Habeas Corpus nº 151367-0, sob a relatoria do Desembargador Gudestev Biber, restou assentado que a prisão do falido se coaduna com o princípio constitucional da vedação da prisão por dívida desde que “[...] fundamentada e proferida por autoridade judiciária”, até porque “não se trata de dívida, mas de cumprimento de obrigação que a lei impõe”. Ressalta o aresto, ademais, que a supressão desse instrumento coercitivo decerto importaria em desmoralização do instituto da falência, vez que, consoante ensina o brocardo latino, *jurisdictio sine coercitio nulla est*.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ vinha admitindo reiteradamente

a constitucionalidade da prisão do falido prevista no art. 35 da Lei de Falências, considerando que a Constituição atual não teria inovado substancialmente em relação às anteriores. Assim, desde que estivesse a decisão devidamente fundamentada e tivesse sido prolatada por autoridade judiciária, admitia aquela corte a ampla aplicação do citado dispositivo (RHC 3040/MG; HC 5774/DF; HC 7602/MG; RHC 9116/SP; HC 13679). Todavia, desde o ano de 2002, o egrégio Tribunal houve por bem guinar suas decisões para o rumo da não-recepção do art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao argumento de que a Constituição teria restringido a “prisão civil às exclusivas hipóteses de depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.” (HC nº 13548/SP).

Nesse ponto merece realce a impropriedade de se conferir tratamento igual a situações desiguais. Afinal, o que proscreve a Lei Maior é a prisão por dívida e não a prisão civil. Prisão civil é aquela originada da jurisdição civil; é a prisão não penal. Prisão civil é gênero, enquanto prisão por dívida é espécie e vincula-se intimamente ao descumprimento de uma obrigação de direito privado, enquanto a prisão do falido reveste-se do caráter publicístico, próprio das questões que envolvem o instituto da falência.

O que veda a *Lex Legum*, no intuito de proteger a dignidade da pessoa humana, é o pagamento de dívida com a execução da pessoa do obrigado e não com a execução do seu patrimônio. Urge, entretanto, destacar que a prisão do falido que descumpra seus deveres e atravanca o andamento do processo falimentar, causando prejuízo aos credores e à sociedade, não pode ser equiparada à prisão por dívida. Não se cogita aqui da incidência de qualquer resquício daquela odiosa e anacrônica forma de segregação por descumprimento de obrigação pecuniária.

Se o direito evoluiu para abolir tais práticas, por outro lado caminhou no sentido de conferir cada vez mais poderes ao juiz na condução do processo como forma de garantir efetivamente seus resultados. Afinal, “[...] o processo civil contemporâneo tem compromisso com a sociedade e com a realização, além do escopo jurídico, dos escopos sociais e políticos da jurisdição.” (VINCENZI, 2003, p. 78). O processo civil moderno reclama uma atuação ativa do juiz na busca da realização do direito material. Para Bedaque (2001, p. 13-14), “[...] se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-la, pois somente se tal ocorrer a jurisdição terá cumprido sua função social.”

A prisão do falido traduz-se justamente em um dos instrumentos de ação postos pela lei à disposição do julgador, que, usando-o com parcimônia, terá melhores condições de assegurar a efetividade do processo falitário. É espécie de meio coercitivo, semelhante às *astreintes* do direito francês, visando ao cumprimento de um dever, assim como também o é, por exemplo, a prisão do sacado que retém título a ele entregue para pagamento ou aceite (art.

Apesar da medida prevista no art. 35 da Lei de Falências jamais poder ser confundida com prisão por dívida, dito dispositivo legal, após o advento da Constituição vigente, passou a ser inquinado de inconstitucional. Ocorre que a Constituição anterior já mencionava a possibilidade da prisão por dívida, através de norma de eficácia contida, nos seguintes termos:

---

Art. 153.

---

§ 17 Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, *na forma da lei* (grifo nosso).

---

Os defensores da tese da inconstitucionalidade da prisão do falido argumentam, enfim, que a Constituição atual, suprimindo do inciso LXVII do art. 5º a expressão *na forma da lei*, procurou cassar o poder antes franqueado ao legislador ordinário de instituir outras hipóteses de prisão civil, fora daquelas consignadas por expresse no texto constitucional. Mas essa inteligência da norma sob análise discrepa dos mais mezinhos princípios de hermenêutica constitucional.

A citada expressão, ora suprimida, nunca possuiu a *ratio* de facultar a ampliação do âmbito de aplicação da prisão civil. Aliás, na qualidade de norma restritiva de direitos (MAZZUOLI, 2002, p. 25), o dispositivo só admitia interpretação restritiva, de modo que a expressão *na forma da lei* só poderia querer exprimir um único sentido: o de cometer ao legislador ordinário o mister de regulamentar a matéria. Ora, como ao tempo da promulgação da Constituição de 1988 aquela regulamentação infraconstitucional já estava suprida, perdeu sentido a manutenção da ressalva *na forma da lei*, cuja elisão, via de consequência, em nada influiu nas quadras da legislação falimentar.

A prisão do falido, preconizada no art. 35 da Lei de Falências, continua sendo, como sempre foi, espécie de prisão extrapenal, e como tal não vedada pela atual ou anterior Constituição Federal, observados os condicionamentos próprios.

---

<sup>9</sup> Os doutrinadores têm discutido a constitucionalidade desta norma que equipararia o sacado/devedor a um depositário, dilargando inadmissivelmente o caso excepcionado pelo art. 5º, LXVII, da CF/88. Para Pontes de Miranda (apud OLIVEIRA; GALENO, 1988, v. 8, t. 2, p. 623) o caso não é de prisão por dívida, mas apenas meio construtivo para impedir a retenção ilegal do título. Câmara (2001) e Nery Júnior (2001) também colocam-se pela legitimidade do ato segregatório ora referido.

## 6 CONCLUSÃO

O instituto da prisão do falido recalcitrante vinha sendo francamente aplicado desde a edição da Lei, em 1945, sem qualquer intercorrência. Durante a vigência da Constituição anterior não se questionou a constitucionalidade da norma inserta no art. 35 da Lei de Falências. E não há razão para fazê-lo agora, pois as alterações havidas no art. 5º, LXI e LXVII, da CF/88, não repercutiram no espaço normativo da Lei de Falências, quer porque a prisão do falido não se cuida de prisão decretada por autoridade administrativa, quer porque não se qualifica como prisão por dívida.

Trata-se, em verdade, de instrumento civil, coercivo e acautelatório do processo falimentar, imbuído, portanto, de caráter público.

E a coerção, é cediço, é mero consectário da norma, que não dispensa a imperatividade como elemento essencial seu. Violada a regra, há de haver uma sanção para o violador da norma. No caso do falido descumpridor de seus deveres, o meio mais eficiente para trazê-lo à presença do juiz da falência e obrigá-lo a fazer aquilo que não fez espontaneamente é a decretação de sua prisão. Nunca os falidos chegam a ficar segregados pelos sessenta dias autorizados pela lei, porquanto assim que cumprida a ordem de prisão, cuidam de prestar com rapidez todas as informações até então deliberadamente sonegadas e, assim, não subsistem os motivos da prisão, cujo decreto é então imediatamente revogado.

O juiz da falência, impossibilitado de utilizar-se do meio coercitivo da prisão do falido, certamente teria embaraços para bem conduzir o processo de falência, que culminaria por ser transformado em mera compilação de documentos, sem qualquer realização de ordem material que pudesse sequer acenar para o alcance de seus objetivos. Tal medida significaria um embaraço à atividade do *ius dicere*, na contramão da tendência processual moderna que postula uma participação mais ativa e eficiente do juiz no exercício da jurisdição.

Seria processo sem efetividade, direito sem realização, justiça sem utilidade.

### Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 15. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e concordatas: comentários à Lei de Falências: doutrina, legislação e*

jurisprudência. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências comentada*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Medidas coercitivas para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer no direito pátrio e comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 363, p. 345-352, set./out., 2002.

GUIMARÃES, Rovane Tavares. *A prisão no Direito brasileiro: comentários, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIMA, Rubem de Oliveira. *Prisão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARMITT, Arnaldo. *Prisão civil por alimentos e depositário infiel*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MARQUES JUNIOR, Mario Moraes. A recepção do art. 35 da Lei Falimentar pela Constituição de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 352, p. 555-560, out./dez., 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed.

atual. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 813 a 889*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 8, t. 2.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. Comentários à Lei de Falências: doutrina, prática e jurisprudência. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil: processo cautelar: tutela de urgência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 3.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências: Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 1º a 61*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

# **PROBLEMAS INERENTES AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O ESTUDO DE CASO DE MINAS GERAIS**

**LUDMILA MENDONÇA LOPES RIBEIRO**

**EDUARDO CERQUEIRA BATITUCCI**

Pesquisadores do Núcleo de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública  
da Fundação João Pinheiro

**SUMÁRIO:** 1 Considerações iniciais – 2 Punição e sociedade – 3 Panorama geral do sistema penitenciário brasileiro – 4 Duplicidade de gerenciamento do sistema penitenciário brasileiro: o estudo de caso de Minas Gerais – 5 Propostas para a melhoria do sistema penitenciário mineiro – 6 Conclusão

## **1 INTRODUÇÃO**

O precário estado do sistema penitenciário do País revela a ausência de planejamento de políticas voltadas ao adequado encarceramento daqueles indivíduos punidos pelo sistema de justiça criminal. Estudos referentes a essa problemática demonstram que, atualmente, a maioria dos presos brasileiros encontra-se confinada em delegacias e distritos policiais superlotados, dada a carência de vagas em penitenciárias (LEMGRUBER, 2000; BITENCOURT, 2001).

O artigo tem como objetivo relatar a atual configuração do problema penitenciário nacional, destacando a peculiaridade do sistema prisional de Minas Gerais, que tem se revelado como a pior experiência nacional no que se refere ao encarceramento de criminosos. Para tanto, além da revisão da literatura disponível sobre o assunto, foram utilizados os dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão integrante do Ministério da Justiça – MJ, bem como entrevistas realizadas com dirigentes e visitas a todas as unidades penitenciárias do Estado de Minas Gerais.

No que se refere especificamente ao diagnóstico do sistema prisional de Minas Gerais, foi traçado um paralelo com a situação vigente nos estados de Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, onde, atualmente, há cerca de 40% dos presos nacionais. Para tanto, foram utilizados os dados disponibilizados pelo DEPEN/MJ, bem como as informações consolidadas pelo executivo mineiro através de suas Secretarias de Estado da Justiça e de Direitos Humanos – SEJDH e de Estado da Segurança Pública – SESP.

Por último, são sugeridas algumas medidas a serem implementadas

com vistas à efetivação de uma política pública de ressocialização dos criminosos para sua reinserção no meio social e outras estratégias capazes de dotar o sistema penitenciário de Minas Gerais de maior efetividade.

Portanto, o artigo relata o problema com o qual o sistema de justiça criminal e a sociedade mineira se deparam na atualidade, ou seja, como encarcerar e ressocializar o criminoso e, assim, impedir que ele venha a realizar novos crimes. Procura ainda, apontar quais estratégias o poder público pode implementar para minimizar o desrespeito aos direitos humanos e a reprodução da criminalidade e violência por meio do sistema prisional.

## 2 PUNIÇÃO E SOCIEDADE

A evolução da vida em sociedade trouxe a preocupação contínua com a instituição de comportamentos semelhantes para todos os indivíduos que a integram. Tal questão suscita algumas implicações problemáticas, como, por exemplo, sobre qual postura adotar frente aos comportamentos desviantes daqueles colocados como a regra a ser cumprida. Isso foi e é objeto tanto de relatos como de estudos contínuos, principalmente, na época atual em que se verifica o aumento de comportamentos desajustados às normas postuladas. É importante ressaltar que as formas de punição e o papel desempenhado pela pena terão diferentes conotações conforme o tipo de sociedade e a concentração do direito de punir nas mãos do Estado.

Durkheim (1984) afirma que os comportamentos desviantes são um produto da própria coletividade, sendo, portanto, normais no seio de qualquer sociedade. O ritual de punição daqueles que realizaram uma conduta contrária à esperada se torna, na realidade, um repensar da sociedade sobre suas ações, de maneira que seja possível restabelecer a normalidade e a estabilidade dos laços sociais que mantêm a coesão entre os indivíduos. A pena à qual o infrator é submetido passa a ser vista como uma reação da coletividade à dor provocada pela cisão da ordem social decorrente da ação criminosa do infrator. Essa reação passional é de caráter tanto mais aparente quanto menos culta é a sociedade. A evolução da função imputada às penas decorre do pensamento de que os direitos e interesses coletivos devem se sobrepujar aos individuais de maneira a se garantir a paz social. Assim, o Estado assume o papel centralizador na formulação e execução de políticas públicas que permitam a cada indivíduo uma vida tranquila, de acordo com os valores legais colocados pela justiça estatal. Dessa forma, o que se propõe é que o criminoso fique afastado do convívio social por um determinado período de tempo para que ele reaprenda as regras indispensáveis a uma vida social pacífica.

Foucault (1987) reforça que, com a centralização da punição nas mãos do Estado, o fundamento jurídico da pena privativa de liberdade passa a ser direito de punir. Assim, cada indivíduo delega parte de sua autonomia de vingança para o Estado, de maneira que este aplique a medida mais cabível para o

bem social. O direito de punir passa a ser objetivado mediante normas expressas em leis componentes dos Códigos Penais, inclusive os contemporâneos. Com isso, ocorre a racionalização dos processos de punição dos criminosos por meio da instituição de normas que definam e tipifiquem os ilícitos, bem como estabeleçam as penas correspondentes a esses e o regime em que essas devem ser cumpridas. Estabelece, ainda, os procedimentos a serem seguidos quando do processamento e julgamento daqueles que apresentaram algum tipo de comportamento socialmente desviante. O mesmo autor observa ainda que a instituição da punição deve ser, necessariamente, proporcional ao delito cometido pelo criminoso. Com isso, as idéias de utilitarismo e de retribuição passam a ser as orientações primordiais a serem seguidas quando da determinação da política de reeducação a ser seguida pelo indivíduo no período em que ele cumpre sua pena privativa de liberdade. Assim, conclui-se que a prisão moderna é, antes de tudo, uma empresa de modificação de indivíduos que operacionaliza a racionalização da justiça penal.

Paixão (1988, p. 9) ressalta que

[...] a pena privativa de liberdade significa aprendizagem com o isolamento. Segregado da família, dos amigos e de outras relações socialmente significativas, o preso, espera-se, vai quotidianamente refletir sobre o ato criminoso e sentir a representação mais direta da punição – preservar os cursos normais de interação das externalidades do crime.

Os estabelecimentos penais são os lugares destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade que, por meio da instituição de técnicas sociais de disciplina e reconstrução moral, devem educar o preso de maneira que ele não venha a realizar novamente ações desviantes. As instituições penais têm por missão institucional um propósito educativo, ou seja, possuem por objetivo educar o preso de maneira que ele se torne apto ao retorno à vida social.

Dessa maneira, as unidades penais, destaca Goffman (1987), devem reproduzir as condições de residência e trabalho semelhantes às da sociedade, onde o indivíduo possa, durante um certo tempo determinado, sobreviver alheio à sociedade em geral. O estabelecimento penal conforma-se como uma instituição total na medida em que segrega os criminosos do convívio social com o intuito de moldá-los de acordo com os requerimentos normativos da realidade social. Os desejos da sociedade civil são realizados no ambiente prisional pelas regras rígidas que a administração prisional impõe aos seus membros no sentido de, simultaneamente, puni-los e reeducá-los.

No instante de admissão do sentenciado dentro do ambiente prisional,

um funcionário, da própria instituição, revista o infrator colocando seus pertences dentro de uma caixa, a qual é identificada com seu respectivo nome e ser-lhe-á entregue no momento de sua saída. Logo em seguida, entrega-lhe seus novos pertences, indispensáveis a sua sobrevivência dentro da prisão, tais como o uniforme do estabelecimento e itens de higiene pessoal. As revistas posteriores acontecem durante o período em que o interno cumpre sua pena privativa de liberdade com o intuito de informar a gerência qual o grau de ligação do indivíduo com o mundo exterior e com a ideologia do próprio estabelecimento penitenciário.

Ainda com o objetivo de desnudar o infrator de qualquer traço que o remeta ao papel social por ele ocupado antes de integrar o ambiente prisional, no momento em que o indivíduo é matriculado no estabelecimento penal, ele é submetido ao exame criminológico, o qual representa um dossiê a respeito das condições físicas e psíquicas do detento. Esse documento fica à disposição da equipe diretora e constitui ferramenta indispensável para a concessão de benefícios bem como para a determinação de qual tratamento deverá ser dispensado ao detento a fim de que ele se despoje de suas concepções sociais e absorva o seu estojo de identidade institucional. Essa política penitenciária é que comumente se denomina princípio de individualização da pena. Portanto, a deterioração da identidade do indivíduo, expressa nos rituais de entrada, está simbolizada na substituição dos bens pessoais do infrator pelos bens institucionais.

Como meio de forçar o detento a internalizar a cultura prisional, as suas várias atividades são reunidas em um plano racional único de maneira que permitam, ainda, ao estabelecimento atingir sua missão institucional. Com isso, o que a ideologia social propõe é a construção de uma sociedade à parte da sociedade civil, a qual seja capaz de imbuir no criminoso valores que possibilitem realização de uma vida lícita e em conformidade com as aspirações sociais que a liberdade impõe. Dessa maneira, conforme denominou Paixão (1988), a *Sociedade dos Cativos* deve conduzir o sentenciado a sua identificação com os demais membros que a compõem, de maneira que eles se tornem uma massa homogênea de cidadãos conforme as aspirações daqueles que um dia foram vítimas dos delitos cometidos pelos egressos e da própria ideologia que justifica a existência das unidades penais como um todo.

A *Sociedade dos Cativos* nasce, assim, do isolamento da sociedade civil imposto à massa carcerária e deveria constituir, ao menos teoricamente, o principal meio de recuperação do criminoso, na medida em que, isolado dos valores que corromperam o indivíduo, ele poderia cristalizar as normas do estabelecimento que permitiriam o retorno à vida social.

O estabelecimento penal institui padrões oficialmente igualitários de bem-estar, assim como incentivos e castigos a serem seguidos por todos indistintamente. Entretanto, a *Sociedade dos Cativos* acaba por converter-se em um empecilho à plena recuperação do sentenciado, na medida em que não recupe-

ra os criminosos, pelo contrário, faz com que eles saiam da prisão como criminosos e delinquentes mais experientes do que entraram. Isso decorre da convivência de indivíduos mais perigosos com os menos perigosos, além da corrupção que permeia a realidade prisional, aliada à segurança realizada por guardas mal treinados e mal remunerados o que denota a extrema ausência de controle da unidade sobre os seus próprios membros.

A disciplina aplicada pelo estabelecimento penal ao detento possui como conteúdo um conjunto de métodos com o objetivo de permitir o controle minucioso das operações do corpo e, assim, realizar a sujeição constante de suas forças e impor uma relação de utilidade-docilidade. As disciplinas impostas ao criminoso adestram-no de maneira a torná-lo, simultaneamente, dócil e útil tanto ao estabelecimento penal como à sociedade como um todo.

No entanto, para que todas essas disposições teóricas sejam efetivas no interior da realidade prisional, faz-se indispensável a correta detenção dos criminosos, em detrimento da situação atual de depósito de delinquentes nas delegacias de polícia, tal como se observa nos principais estados da Federação brasileira, sendo o caso mais dramático o de Minas Gerais.

### **3 PANORAMA GERAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Com cerca de 248.685 detentos, agrupados em cerca de 922 estabelecimentos prisionais, o Brasil administra um dos dez maiores sistemas penitenciários do mundo, uma vez que apenas onze países possuem mais de 100.000 pessoas encarceradas. São estes: Estados Unidos da América, China, Rússia, Índia, Irã, México, Ruanda, África do Sul, Tailândia e Ucrânia. No entanto, o índice de encarceramento brasileiro – isto é, a razão preso-população – é relativamente moderada, já que para cada grupo de 100.00 habitantes, 146 pessoas encontram-se encarceradas. Essa média é superior à da Colômbia (110 presos para cada 100.000 hab.), México (108 presos para cada 100.000 hab.) e Venezuela (113 presos para cada 100.000 hab.) e inferior à do Chile (173 presos para cada 100.000 hab.) e Estados Unidos da América – EUA (645 presos para cada 100.000 hab.), conforme demonstram os dados do FBI e Ministério da Justiça brasileiro, em abril de 2003.

O sistema penitenciário brasileiro, no entanto, revela uma peculiaridade em relação aos existentes nos demais países do mundo, conforme ressaltado pelo relatório da Human Rights Watch (1998, p. xi): “Em todos os sentidos, o sistema penal brasileiro é enorme. Diferente dos outros países, o Brasil não possui uma autoridade prisional centralizadora. Ao invés de um sistema nacional, cada estado administra seu complexo de penitenciárias, cadeias e delegacias.”

Nesse sentido, é importante ressaltar que o grande contingente de presos brasileiros encontra-se diversamente distribuído no território nacional, ou seja, como o sistema penitenciário brasileiro é de responsabilidade do estado

membro, o número de presos para cada 100.000 habitantes é diverso para cada estado da Federação. São Paulo, o Estado mais populoso do Brasil, tem, de longe, a maior população carcerária e a maior incidência relativa de encarceramento. De fato, só o estado de São Paulo mantém cerca de 40% dos presos do País, uma população carcerária maior do que a da maioria dos países latino americanos. Outros estados com significativas populações carcerárias são o Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná e Bahia, conforme demonstra Tabela 1:

Tabela 1 – Número de presos para cada 100.000 habitantes em cada estado da Federação brasileira

| <i>Estado</i>       | <i>Pop. total (est. 2002)</i> | <i>Pop. presa</i> | <i>Presos por 100.000 hab.</i> |
|---------------------|-------------------------------|-------------------|--------------------------------|
| Brasil              | 169.799.170                   | 248.685           | 146,05                         |
| São Paulo           | 37.032.403                    | 106.520           | 287                            |
| Rio de Janeiro      | 14.391.282                    | 20.726            | 144                            |
| Minas Gerais        | 17.891.494                    | 19.936            | 111                            |
| Rio Grande do Sul   | 10.187.798                    | 14.931            | 146                            |
| Paraná              | 9.563.458                     | 10.815            | 113                            |
| Bahia               | 13.070.250                    | 9.380             | 71                             |
| Pernambuco          | 7.918.344                     | 8.958             | 113                            |
| Ceará               | 7.430.661                     | 6.762             | 91                             |
| Santa Catarina      | 5.356.360                     | 5.710             | 106                            |
| Goiás               | 5.003.228                     | 5.608             | 112                            |
| Distrito Federal    | 2.051.146                     | 5.039             | 245                            |
| Mato Grosso do Sul  | 2.078.001                     | 4.435             | 213                            |
| Espírito Santo      | 3.097.232                     | 3.774             | 121                            |
| Paraíba             | 3.443.925                     | 3.151             | 91                             |
| Pará                | 6.192.307                     | 3.059             | 49                             |
| Rondônia            | 1.379.787                     | 3.052             | 221                            |
| Maranhão            | 5.651.475                     | 2.905             | 51                             |
| Mato Grosso         | 2.504.353                     | 2.673             | 107                            |
| Amazonas            | 2.812.577                     | 1.901             | 67                             |
| Piauí               | 2.843.278                     | 1.795             | 63                             |
| Sergipe             | 1.784.475                     | 1.601             | 89                             |
| Acre                | 557.526                       | 1.451             | 260                            |
| Tocantins           | 1.157.098                     | 1.240             | 107                            |
| Rio Grande do Norte | 2.776.782                     | 1.168             | 42                             |
| Alagoas             | 2.822.621                     | 852               | 180                            |
| Amapá               | 477.032                       | 850               | 178                            |
| Roraima             | 324.397                       | 393               | 121                            |

Fonte: DEPEN/ MJ – abr. 2003

O sistema prisional brasileiro, atualmente, compõe-se dos estabelecimentos penitenciários, locais onde são matriculados os indivíduos condenados de maneira definitiva e dos distritos policiais onde se encontram os provisoriamente detidos. Segundo Lemgruber (2000), os estabelecimentos penais brasileiros espalham-se por todo o País, mas estão mais concentrados nos arredores das zonas urbanas e regiões mais populosas bem como nos estados que concentram as maiores populações carcerárias, ou seja, São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Entretanto, os estabelecimentos penitenciários são incapazes de absorver o atual contingente de presos já condenados. Com isso, muitos continuam a ser lotados nos distritos policiais, o que agride não apenas as determinações legais como também os propósitos da pena privativa de liberdade, dada a impossibilidade de execução de uma política pública de ressocialização e reinserção social do criminoso em locais onde nem mesmo a integridade física do indivíduo pode ser garantida (RIBEIRO, 2000). É importante ressaltar que esse fenômeno encontra-se adstrito aos grandes estados da Federação como São Paulo e Rio de Janeiro, sendo o caso mais alarmante o de Minas Gerais. A Tabela 2 demonstra o atual déficit de vagas no Brasil, o pequeno superávit do Rio de Janeiro e a gravidade do déficit de Minas Gerais:

Tabela 2 – Participação de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais no sistema penitenciário nacional .

| <i>Estado</i>  | <i>Vagas disponíveis</i> |        | <i>População carcerária</i> |        | <i>Déficit total de vagas</i> |        |
|----------------|--------------------------|--------|-----------------------------|--------|-------------------------------|--------|
|                | Total                    | %      | Total                       | %      | Total                         | %      |
| Brasil         | 186.478                  | 100,00 | 248.685                     | 100,00 | 62.490                        | 100,00 |
| São Paulo      | 87.951                   | 47,16  | 106.520                     | 42,83  | 18.569                        | 29,71  |
| Rio de Janeiro | 20.766                   | 11,14  | 20.726                      | 8,33   | -                             | -      |
| Minas Gerais   | 4.336                    | 2,32   | 19.936                      | 8,01   | 15.600                        | 24,96  |

Fonte: DEPEN/MJ – abr. 2003

Nesse sentido, conforme a tabela acima permite concluir, o Estado de Minas Gerais, sozinho, acumula 26.7% do déficit total de vagas do sistema penitenciário brasileiro, mesmo possuindo apenas 8.24% do total da população carcerária. Essa situação é extremamente perversa para o sistema de justiça criminal como um todo: impede a detenção de determinados indivíduos perigosos para a sociedade; inviabiliza a correta execução da investigação criminal, dado que os policiais civis acabam tendo que se ocupar da guarda de presos; compromete, ainda, a execução de políticas públicas de recuperação do criminoso. Tais óbices muito contribuem para a reprodução do círculo vicioso de delinquência e impunidade. O sistema prisional constitui-se, portanto, em um dos maiores problemas no que se refere à gestão da segurança pública no Estado de Minas Gerais.

Comparativamente, o Estado de São Paulo, que possui 42.83% dos presos nacionais, acumula um déficit de vagas penitenciárias muito próximo ao de Minas Gerais. Em números absolutos, a população prisional de São Paulo sob custódia da polícia civil corresponde, aproximadamente, ao mesmo número de presos que Minas Gerais possui como um todo. No entanto, enquanto em Minas Gerais 78,25% dos presos totais estão nas delegacias de polícia, em

São Paulo esse contingente é de apenas 17,43%, conforme demonstra a Tabela 3:

Tabela 3 – Déficit de vagas penitenciárias em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul

|                                                       | <i>São Paulo</i> | <i>Minas Gerais</i> | <i>Rio Grande do Sul</i> |
|-------------------------------------------------------|------------------|---------------------|--------------------------|
| Presos totais (sistema penitenciário + polícia civil) | 106.520          | 19.936              | 14.931                   |
| Presos sob custódia da polícia civil                  | 18.569           | 15.600              | 1.638                    |
| Déficit de vagas no sistema penitenciário estadual    | 17,43%           | 78,25%              | 10,97%                   |

Fonte: DEPEN/MJ – abr. 2003

Assim, apesar de a população prisional paulista ser, aproximadamente, cinco vezes maior do que a mineira, a dimensão do problema prisional em Minas Gerais é bem mais grave do que em São Paulo, visto que o déficit do Estado de Minas Gerais é, em números relativos, aproximadamente quatro vezes maior que o correspondente em São Paulo. Nesse sentido, conforme demonstram várias pesquisas realizadas na área (LEMGRUBER, 2000; RIBEIRO, 2000; HUMAN RIGHTS WATCH, 1998; PINHEIRO, 1997), os estabelecimentos penais mais superlotados, no Brasil, são geralmente as delegacias de polícia, pois ao invés de serem usadas para detenções de período curto para suspeitos, mantêm detentos por longos períodos de tempo e até mesmo anos. Nos casos mais extremos, como São Paulo e Minas Gerais, a polícia tornou-se, na prática, a autoridade prisional, suplementando e quase substituindo o sistema penal convencional.

Essa constatação, portanto, reafirma a dramaticidade da questão em pauta. É importante ressaltar que a superlotação dos distritos policiais é extremamente perversa para o sistema de justiça criminal como um todo: impede a detenção de determinados indivíduos perigosos para a sociedade; impossibilita a correta execução da investigação criminal, dado que os policiais civis acabam tendo que se ocupar da guarda de presos; compromete a execução de políticas públicas de recuperação do criminoso. Tais óbices contribuem para a reprodução do círculo vicioso de delinquência e impunidade (RIBEIRO, 2000; LEMGRUBER, 2000).

#### **4 DUPLICIDADE DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: O ESTUDO DE CASO DE MINAS GERAIS**

Entre as possíveis causas dos problemas atualmente vivenciados pelo sistema penitenciário brasileiro, encontra-se a duplicidade de gerenciamento dos encarcerados, conforme demonstrado na seção anterior, em Minas Gerais

essa questão remonta ao início do século (BATITUCCI; RIBEIRO; SAPORI, 2002).

De acordo com Paixão (1991, p. 35),

[...] entre as décadas de 30 e 60, não se pode, propriamente, falar num sistema penitenciário mineiro. Havia uma instituição – a Penitenciária Agrícola de Neves – e o seu peso real e simbólico marcou definitivamente o sistema penitenciário que se implantou a partir dos anos seguintes. Antes a população prisional do estado se distribuía pelas cadeias públicas dos municípios.

Dessa forma, pode-se afirmar que a atual dualidade de competência para a administração da questão prisional não é um fenômeno recente na história de Minas Gerais, já que antes da criação da PAN (atualmente, Penitenciária José Maria de Alkimir), os condenados, provisórios e em instância definitiva, eram recolhidos aos distritos policiais, sendo que, apenas com a construção do referido estabelecimento, inicia-se o desenvolvimento, em tese, de políticas penitenciárias.

No entanto, os anos subseqüentes à inauguração da PAN, ao contrário do que as taxas de criminalidade sinalizavam, não foram marcados por um expressivo aumento do número de vagas, o que acabou implicando a absorção, pela SESP, da tarefa de guarda de presos, apesar de sua missão institucional ser, tão exclusivamente, o desempenho das atividades de polícia judiciária. Soma-se a isso o endurecimento da lei, o que, segundo o relatório da Human Rights Watch (1998), aumentou substancialmente o número de presos, principalmente, os provisórios.

Os problemas nas prisões do Brasil representam uma consequência lógica de duas décadas de elevadas taxas de criminalidade, aumento da pressão pública em favor do *endurecimento* contra o crime e contínua negligência dos políticos. A epidemia do crime alimentou o apoio público à aprovação de legislação criminal. O exemplo mais proeminente das recentes iniciativas estimuladas pela preocupação pública com a criminalidade é a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.078, de 25.07.1990), em resposta a uma onda de seqüestros. A Lei aumentou as penas para vários crimes, inclusive seqüestro e tráfico de drogas, e tornou-os inafiançáveis. Especialistas têm opiniões diversas quanto aos efeitos reais dessa Lei (RIBEIRO, 2000; LEMGRUBER, 2000; BITENCOURT, 2001), mas não há dúvidas de que ela contribui para aumentar o número de detentos, particularmente aqueles que aguardam julgamento em delegacias e cadeias. (HUMAN RIGHTS WATCH, 1998; LEMBRUGER, 2000; PINHEIRO, 1997).

Atualmente, em Minas Gerais, tanto a SESP quanto a SEJDH incumbem-se da guarda de presos. A distribuição da população carcerária em cada uma das duas secretarias ocorre conforme a Tabela 4:

Tabela 4 – Situação processual dos presos em Minas Gerais segundo a secretaria responsável

| <i>Situação processual</i>                         | <i>SESP</i> | <i>SEJDH</i> |
|----------------------------------------------------|-------------|--------------|
| Presos condenados totais                           | 9871        | 3610         |
| 1 – Presos condenados ao regime fechado            | 6589        | 2743         |
| 2 – Presos condenados ao regime semi-aberto        | 1898        | 741          |
| 3 – Presos condenados ao regime aberto             | 1031        | 1236         |
| 4 – Presos que estão cumprindo medida de segurança | 58          | 266          |
| Presos Provisórios totais                          | 5935        | 810          |

Fonte: SESP/SEJDH – abr. 2003

Essa situação, configuradora de superlotação nas instituições prisionais ligadas à SESP, é extremamente perversa, principalmente, no que se refere ao potencial de resolutividade do sistema. Além de ocupar de forma indevida uma parcela absurdamente grande dos recursos humanos das organizações policiais (aproximadamente, 10% do efetivo da Polícia Militar e um número superior a 25% do efetivo da Polícia Civil), a superlotação do sistema prisional do estado provoca impunidade e incapacidade de atuação eficiente por parte das organizações policiais: o sistema é inoperante no que se refere ao processamento dos indivíduos autuados pela polícia e/ou condenados pela Justiça, não assegurando seu respectivo ingresso e punição em instituições penitenciárias minimamente capazes de desincumbir-se de suas funções. Nestes termos, pode-se afirmar que, apesar de legalmente a guarda dos presos incumbir à SEJDH, na atualidade, é primordialmente a SESP que vem desempenhando essa função.

No sentido de solucionar esse problema, ou seja, atribuir a gerência do sistema penitenciário a quem possui competência para tanto SEJDH, desafogando a Polícia Civil, foi editada a Lei Estadual nº 12.985, de 30.07.1999, que determina a transferência dos presos da SESP para a SEJDH, sendo o prazo máximo para a realização de tal determinação julho de 2000. Como nenhuma providência, nessa direção, foi realizada até a referida data, sobreveio nova legislação dilatando o prazo da transferência para julho de 2002 e, assim, assiste-se, no presente momento, à inércia na materialização da disposição legal, concedendo à Lei Estadual nº 13.720, de 27.09.2000, o *status de lei morta*. Persistem, conseqüentemente, a superlotação nas cadeias e distritos policiais gerenciados pela

SESP e o desvio de função dos policiais civis que, ao invés de realizarem as atividades de polícia judiciária, ocupam-se da guarda de presos, algo que, por lei e pela lógica sistêmica, não lhes incumbe.

No que se refere ao conjunto de estabelecimentos penais que, atualmente, formam o sistema penitenciário mineiro, subordinado à SEJDH, esses são classificados pela Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210, de 11.07.1984) em penitenciárias, colônias penais e casas de albergado, que se destinam aos presos condenados, para cumprimento de pena privativa de liberdade, e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, os quais ocupam-se do cumprimento de medidas de segurança, bem como da realização de exame de periculosidade e dependência toxicológica. Assim, atualmente, são estabelecimentos penais cuja administração é realizada pela SEJDH, conforme Quadro 1:

Quadro sinótico 1 – Estabelecimentos penitenciários que se encontram sob gerência da SEJDH

| <i>Estabelecimento</i>                        | <i>Sigla</i> | <i>Ano de criação</i> | <i>Localização</i>   | <i>Regimes que abriga</i> | <i>Capacidade</i> |
|-----------------------------------------------|--------------|-----------------------|----------------------|---------------------------|-------------------|
| Penitenciária Nelson Hungria                  | PNH          | 1968                  | Contagem             | Fechado                   | 795               |
| Penitenciária José Maria de Alkmin            | PJMA         | 1937                  | Ribeirão das Neves   | Fechado e Semi-aberto     | 800               |
| Penitenciária José Abranches Gonçalves        | PIAG         | 1980                  | Ribeirão das Neves   | Fechado e Semi-aberto     | 108               |
| Penitenciária Teófilo Otoni                   | PTO          | 1977                  | Teófilo Otoni        | Fechado e Semi-aberto     | 200               |
| Penitenciária Francisco Floriano de Paula     | PFFP         | 1998                  | Governador Valadares | Fechado e Semi-aberto     | 471               |
| Penitenciária José Edison Cavaleri            | PIEG         | 1966                  | Juiz de Fora         | Fechado e Semi-aberto     | 183               |
| Penitenciária Agostinho de Oliveira Júnior    | PAOJ         | 1993                  | Unaí                 | Fechado e Semi-aberto     | 500               |
| Penitenciária Dênis Moreira de Carvalho       | PDMC         | 1993                  | Ipaba                | Fechado e Semi-aberto     | 348               |
| Penitenciária Industrial Esterão Pinto        | PIEP         | 1948                  | Belo Horizonte       | Fechado e Semi-aberto     | 159               |
| Casa de Albergado Presidente João Pessoa      | CAPJP        | 1978                  | Belo Horizonte       | Aberto                    | 48                |
| Casa de Albergado José de Alencar Rêgo        | CAJAR        | 1984                  | Juiz de Fora         | Aberto                    | 60                |
| Colônia Penal Floramar                        | CPF          | 1998                  | Divinópolis          | Fechado e Semi-aberto     | 123               |
| Colônia Penal Sebastião Sátiro                | CPSS         | 1998                  | Patos de Minas       | Fechado e Semi-aberto     | 83                |
| Colônia Penal Jacy de Assis                   | CPJA         | 1998                  | Uberlândia           | Fechado e Semi-aberto     | 477               |
| Centro de Recuperação Nossa Senhora do Carmo  | CRNSC        | 2002                  | Sete Lagoas          | Fechado e Semi-aberto     | 162               |
| Hospital de Toxicômanos Pe. Wilson Vale Costa | HTPWVC       | 1987                  | Juiz de Fora         | Fechado                   | 124               |
| Hospital Psiquiátrico e Judiciário Jorge Vaz  | HPJV         | 1927                  | Barbacena            | Fechado                   | 250               |

Fonte: SEJDH – abr. 2003

A SEJDH possui, então, dezessete estabelecimentos penitenciários que, somados, disponibilizam apenas 4891 vagas. Assim, dos aproximadamente vinte mil presos existentes em todo o Estado de Minas Gerais, apenas 24% entre homens e mulheres estão sob responsabilidade da SEJDH. Os demais encontram-se recolhidos às cadeias e delegacias, sob responsabilidade da SESP, em condições sub-humanas provocadas pela superlotação.

Os sentenciados matriculados na SEJDH encontram-se distribuídos entre estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime de segurança máxima (933), estabelecimentos de segurança média (3614) e casas de albergado (94).

Dos 4741 sentenciados, 933 sentenciados alocados nos estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime de segurança máxima. Desses condenados, 778 encontram-se matriculados na única penitenciária de segurança máxima e 155 nos hospitais de custódia, conforme demonstra a Tabela 5:

Tabela 5 – Distribuição de presos nos estabelecimentos de segurança máxima da SEJDH

| <i>Estabelecimento</i> | <i>Nº de presos</i> | <i>Capacidade da unidade</i> |
|------------------------|---------------------|------------------------------|
| PNH                    | 778                 | 795                          |
| HPJJV                  | 155                 | 250                          |
| HTPWVC                 | 00                  | 124                          |
| <b>TOTAL</b>           | <b>933</b>          | <b>1169</b>                  |

Fonte: SEJDH – fev. 2003

Dos 3614 sentenciados que estão cumprindo sua pena nos estabelecimentos de segurança média, 2335 estão alocados nas penitenciárias e 1002 nas colônias agrícolas. Assim, a distribuição desses detentos nos referidos estabelecimentos ocorre conforme a Tabela 6:

Tabela 6 – Distribuição de presos nos estabelecimentos de segurança média da SEJDH

| <i>Estabelecimento</i> | <i>Nº de presos</i> | <i>Capacidade da unidade</i> |
|------------------------|---------------------|------------------------------|
| PMA                    | 692                 | 800                          |
| PDMC                   | 298                 | 348                          |
| PIEC                   | 173                 | 183                          |
| PTO                    | 192                 | 200                          |
| PIAG                   | 45                  | 108                          |
| PAOI                   | 122                 | 500                          |
| PIEP                   | 115                 | 159                          |
| PFFP                   | 398                 | 471                          |
| CPF                    | 178                 | 123                          |
| CPSS                   | 123                 | 83                           |
| CPPJA                  | 609                 | 477                          |
| CRNSC                  | 92                  | 162                          |
| <b>TOTAL</b>           | <b>3337</b>         | <b>3578</b>                  |

Fonte: SEJDH – fev. 2003

Minas Gerais, assim como vários estados da Federação, possui apenas uma unidade penitenciária destinada, exclusivamente, ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. As demais unidades<sup>1</sup> abrigam tanto os sentenciados

<sup>1</sup> Excetuando-se a PNH, que abriga apenas os presos em regime fechado e as casas de albergado, que comportam apenas aqueles que cumprem o regime aberto.

dos do regime semi-aberto, como do regime fechado, o que representa grandes problemas para o sistema como um todo, na medida em que o preso não sente as diferenças da progressão de regime. Acresce-se, ainda, o fato de tais estabelecimentos serem de segurança média, o que aumenta as possibilidades de fuga pelos condenados ao regime fechado.

É verdade que a diversidade de regimes no interior do mesmo estabelecimento penal é prevista na LEP, a qual estabelece, entretanto, a necessidade de espaços físicos distintos para cada regime de cumprimento de pena privativa de liberdade. Não obstante, em Minas Gerais tal disposição não é atendida, dado que algumas unidades alocam todos os detentos do regime semi-aberto em celas individuais dentro dos supostos pavilhões de segurança máxima. Isso acaba por gerar efeitos perversos sobre o sistema de recuperação do interno, na medida em que se consente a mistura de autores de delitos leves com criminosos mais experientes, conformando a unidade penal em uma *universidade do crime* (Paixão, 1991), fenômeno que constitui expressão máxima da ausência de controle do desempenho organizacional no que tange à efetividade das políticas criminais e penitenciárias.

Dos 4741 sentenciados sob guarda da SEJDH, 94 cumprem pena em regime aberto, quando deveriam, teoricamente, estar alocados nas casas de albergado. Entretanto, dada a inexistência de tal estabelecimento destinado para mulheres, duas detentas cumprem o regime aberto na própria PIEP, já que esse é o único estabelecimento penal feminino de todo o estado.<sup>2</sup> Assim, a distribuição de tais sentenciados opera-se conforme consta na Tabela 7:

Tabela 7 – Distribuição de presos nos estabelecimentos de segurança mínima da SEJDH

| <i>Estabelecimento</i> | <i>Nº de presos</i> | <i>Capacidade da unidade</i> |
|------------------------|---------------------|------------------------------|
| CAJAR                  | 45                  | 60                           |
| CAPJP                  | 49                  | 48                           |
| PIEP                   | 0                   | 2                            |
| TOTAL                  | 94                  | 110                          |

Fonte: SEJDH – fev. 2003

A legislação referente à execução penal estabelece que o sentenciado deve ser alocado no estabelecimento penal que apresente as melhores condições para o regime de cumprimento da pena à qual ele foi submetido. A transferência do interno para outras unidades penitenciárias congêneres deve ocorrer conforme o juiz da execução determine a progressão da pena. No entanto, em virtude da carência de vagas na SEJDH, os detentos continuam alocados nas cadeias ou distritos policiais das comarcas em que foram processados, cum-

<sup>2</sup> Excetuando-se o HPJIV, onde existem 50 leitos disponíveis para mulheres.

prindo a respectiva pena privativa de liberdade em condições extremamente precárias, que colocam em risco sua própria vida.

Essa questão pode parecer absurda na medida em que, conforme os dados demonstram, existem celas vagas na SEJDH, além de os presos sob custódia dessa secretaria serem alocados, majoritariamente, em cela individual. Dessa forma, no sentido de tentar minimizar a superlotação dos distritos policiais, muitos especialistas sugeriram (SOARES, 2000; LEMGRUBER, 2000; PINHEIRO, 1997) que os detentos passassem a ser alocados em duplas ou trios nas celas individuais. No entanto, essa proposta foi refutada pelos dirigentes passados, por acreditarem que tal medida significaria apenas a transferência do problema da superlotação de uma secretaria para outra.

Assim, a ociosidade de vagas no sistema penitenciário sob administração da SEJDH, observada nas Tabelas 5, 6 e 7, decorre do fato de algumas celas serem danificadas durante a ocorrência de manifestações dos presos e não serem reformadas com o passar do tempo, diminuindo o número de vagas disponíveis para a execução da pena privativa de liberdade. Soma-se a isso o fato de muitas vagas estarem disponíveis apenas nos sistemas informatizados. Isso porque a matrícula em penitenciária é feita segundo uma lista de espera informatizada. Contudo, relações de parentesco e nepotismo fazem com que determinados detentos sejam matriculados de forma preferencial nas unidades onde a individualidade do condenado é respeitada. Mas, como o sistema não permite esse tipo de operação, a vaga aparece nas estatísticas como ociosa, conforme Quadro 2:

Quadro sinótico 2 – Ocupação de vagas nas penitenciárias de MG

|                     |      |
|---------------------|------|
| Capacidade total    | 4857 |
| Ocupação total      | 4364 |
| Vagas remanescentes | 493  |
| Celas impedidas     | 140  |
| Celas vagas         | 353  |

Fonte: SEJDH – fev. 2003

Num sistema prisional com tamanho déficit de vagas como o de Minas Gerais, a existência de quase quinhentas vagas não utilizáveis, pelas razões apontadas, parece realmente inadmissível do ponto de vista de uma política penitenciária minimamente comprometida com a eficácia.

## 5 PROPOSTAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO MINEIRO

Conforme o diagnóstico acima permite concluir, a ausência de um arranjo institucional adequado à questão penitenciária conduziu o sistema prisional de Minas Gerais à completa falência, o que estabelece como imperativo para os gerentes estatais a formulação de políticas públicas que permitam às secretarias envolvidas com o aprisionamento de delinquentes resgatar a sua capacidade operacional e assim efetivar suas respectivas missões institucionais. Para o alcance de tais fins, propõem-se as seguintes diretrizes:

### a) *Abertura de novas vagas prisionais*

No sentido de tentar solucionar o problema crônico de superlotação dos distritos policiais e, assim, minimizar a utilização de policiais, civis e militares, na consecução da guarda de presos, uma das ações mais importantes é a abertura de novas vagas prisionais. Atualmente, a SEJDH, através dos recursos disponibilizados pelo Plano Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, está construindo onze novas unidades prisionais, o que significa 4.050 novas vagas penitenciárias, sendo que algumas serão inauguradas ainda em julho do ano corrente, conforme demonstra o Quadro 3:

Quadro sinótico 3 – Unidades penitenciárias em construção pela SEJDH

| <i>Localidade</i>    | <i>Regimes que abriga</i> | <i>Capacidade</i> | <i>Previsão de inauguração</i> | <i>Nome do estabelecimento</i>                    |
|----------------------|---------------------------|-------------------|--------------------------------|---------------------------------------------------|
| Uberlândia           | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Julho de 2003                  | Centro de Recuperação Santa Maria                 |
| Pará de Minas        | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Julho de 2003                  | Centro de Recuperação Nossa Senhora da Piedade    |
| São Joaquim de Bicas | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Julho de 2003                  | Centro de Recuperação São Joaquim                 |
| Juiz de Fora         | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação Santo Antônio               |
| Patrocínio           | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação Nossa Senhora do Patrocínio |
| Uberaba              | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação São Sebastião               |
| Santa Luzia          | Fechado e semi-aberto     | 200 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação Santa Luzia (modelo APAC)   |
| Fomiga               | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação São José                    |
| Murici               | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação São Paulo                   |
| Três Corações        | Fechado e semi-aberto     | 400 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação Sagrada Família             |
| Vespasiano           | Fechado e semi-aberto     | 250 Presos        | Dezembro de 2003               | Centro de Recuperação São Marcos                  |

Fonte: SEJDH – abr. 2003

A partir da inauguração e início do funcionamento das unidades acima, serão supridos 41% do total da demanda de vagas para presos condenados aos regimes fechado e semi-aberto, o que representa um avanço substancial, uma vez que em dez anos (1989-1999) a SEJDH expandiu sua capacidade de atendimento em, aproximadamente, míseros 10%. Com a construção dessas novas vagas, a capacidade operacional da secretaria em análise será, praticamente, duplicada, o que deverá atenuar o déficit penitenciário hoje existente.

É importante atentar ainda para a necessidade de construção de outras unidades de segurança máxima, em virtude do grande contingente de presos condenados ao regime fechado e que se encontram, atualmente, sob custódia da SESP, conforme demonstrado na Tabela 4. Soma-se a isso o fato de alguns municípios do Estado de Minas Gerais possuírem altos índices de criminalidade violenta, os quais, em regra, são decorrentes da realização de vários delitos por um mesmo agente. Esses criminosos, cuja passagem pelo sistema de justiça criminal é extremamente extensa e recorrente (apenas 10% dos delinqüentes são responsáveis pelo cometimento de 70% dos crimes), demandam a adoção de uma estratégia específica, pautada pela implementação de políticas penitenciárias mais rigorosas, que apenas podem ser coerentemente desenvolvidas em unidades cujo padrão seja, exclusivamente, de segurança máxima.

Por fim, cabe salientar que o número de criminosos não é algo estável e, assim, quando houver a construção de novos estabelecimentos é importante ter-se em mente a demanda reprimida do Estado (ou seja, aqueles delinqüentes que não foram presos anteriormente em virtude da ausência de vagas prisionais), bem como a demanda futura, ou seja, os novos condenados à pena privativa de liberdade. Com isso, espera-se evitar futuras distorções tal como ocorre hoje no estado.

*b) Transferência de estabelecimentos sob a responsabilidade da SESP para gerência pela SEJDH*

Como os distritos policiais não se constituem *locus* adequado ao encarceramento de criminosos, os presos sob custódia da polícia civil devem ser encaminhados a locais onde seja possível o desenvolvimento de uma efetiva política de ressocialização do criminoso, apta a romper o círculo vicioso de criminalidade hoje vigente na sociedade mineira. No entanto, como não existem recursos humanos e físicos que permitiriam a adoção dessa medida de maneira imediata, o que se propõe é a transferência gradual das cadeias para a gerência da SEJDH, conforme explanado a seguir:

*b.1. Cadeias independentes com capacidade e lotação superior a 80 presos – a SEJDH assumirá toda a gerência da unidade, ou seja, substituirá não*

apenas os policiais civis e militares por guardas penitenciários, como também todos os demais recursos humanos, tais como médicos, auxiliares administrativos, direção, entre outros;

- b.2. *Cadeias anexas às delegacias com capacidade e lotação superior a 80 presos* – por ser essa situação extremamente peculiar, nesses locais, o que se pretende é a construção de um complexo penitenciário, constituído por uma cadeia com capacidade para 100 presos e uma penitenciária com capacidade para 300 condenados. Essas duas estruturas seriam incomunicáveis de forma a não se onerar a administração prisional com os problemas inerentes à mistura de criminosos condenados com provisórios;
- b.3. *Cadeias independentes com capacidade e lotação inferior a 80 presos* – apenas os policiais civis e militares que estiverem ocupando-se da guarda de presos nesses locais serão substituídos por guardas penitenciários. Um desses últimos será pertencente à classe especial a fim de exercer as funções de supervisor do trabalho dos demais, uma vez que em uma unidade desse porte não se faz necessária a implementação de uma pesada estrutura administrativa, tal como ocorre nas demais unidades;
- b.4. *Cadeias anexas às delegacias com capacidade e lotação inferior a 80 presos* – nesse caso, deve-se fomentar a participação do judiciário como grande financiador da construção de pequenos presídios nas respectivas comarcas com essa demanda. Assim, finda a construção, a SEJDH enviaria os guardas penitenciários e criaria uma estrutura bem próxima da implementada nas pequenas cadeias independentes.

Com a adoção de tais medidas espera-se atenuar a situação caótica vigente nos distritos policiais e, assim, liberar policiais civis para a investigação dos delitos ocorridos na circunscrição onde eles se encontram lotados.

- c) *Implementação de políticas de ressocialização do delinqüente coerentes com seu respectivo perfil criminal*

Conforme demonstrado por diversas estatísticas criminais, atualmente, o índice de reincidência prisional é de, aproximadamente, 80% (segundo dados do DEPEN/MJ), ou seja, de todas as pessoas que ingressam no sistema penitenciário, apenas, 20% não voltam a delinquir. Nesse sentido, é imprescindível a elaboração de um programa efetivo de ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade, de maneira que seja possível a quebra do círculo vicioso de delinquência.

Um dos pilares da política pública de ressocialização do criminoso deve ser a humanização do sistema prisional. O que se propõe é a implementação de projetos que permitam a profissionalização, educação e trabalho, de forma a dotar o preso de capacidade de geração de renda quando livre novamente e permitir à unidade penitenciária uma maior autonomia financeira.

Portanto, o que se propõe é a adoção do modelo de industrialização penitenciária, experiência de vanguarda no Japão e já implementada, no território brasileiro, no Estado do Paraná (mais precisamente, na cidade de Guarapuava). O programa oferece trabalho qualificado dentro do presídio, acaba com a ociosidade do preso, diminui a tensão nas celas, ajuda a ressocializar o detento, reduz despesas públicas e melhora o sistema penitenciário. Essa experiência atribui a administração e segurança interna do presídio ao Estado, enquanto que a empresa privada se compromete a oferecer ensino profissionalizante e trabalho.

- d) *Incentivo ao desenvolvimento de políticas alternativas de encarceramento, como a Associação de Proteção e Assistência ao Consumidor – APAC*

Uma das experiências pioneiras de forma alternativa de políticas de encarceramento é a APAC, uma associação de pessoas da comunidade que se dispuseram a trabalhar para a recuperação de pessoas que cometeram crimes, por meio da valorização das mesmas. Esse projeto baseia-se na recuperação do sentenciado com a ajuda da comunidade na qual ele encontrava-se inserido antes de seu recolhimento ao cárcere. A responsabilidade estatal pela execução da pena privativa de liberdade restringe-se ao controle do presídio, sendo as demais atividades executadas por voluntários, religiosos e demais cidadãos interessados. A vida prisional é mantida pelo trabalho do detento e ajuda pecuniária da própria sociedade civil, desonerando, assim, o executivo estadual da manutenção do estabelecimento. A família do sentenciado desempenha papel primordial, devendo comparecer à unidade penal sempre que solicitada de forma a apoiar e auxiliar a recuperação do criminoso, facilitando sua re-inserção social, bem como sua valorização enquanto pessoa humana.

Essa proposta é de suma importância na medida em que, além de desonerar o executivo estadual de determinados custos com a detenção, permite que o preso permaneça inserido em sua teia de relações sociais, evitando, dessa forma, que ele seja vítima de determinados preconceitos quando egresso à sociedade.

- e) *Expansão dos programas de atendimento ao adolescente infrator*

O diagnóstico da criminalidade no Estado de Minas Gerais aponta para a juventude dos autores, ou seja, ao contrário do que ocorria no passado, os criminosos da atualidade são, em regra, homens, com idade entre 15 e 29 anos e com passagem anterior pelo sistema de justiça criminal (BATTUCCI; RIBEIRO; SAPORI, 2002). Nesse sentido, as políticas de atendimento aos adolescentes autores de ato infracional são de suma importância, pois, permitem a quebra do círculo vicioso de criminalidade do atendido, quando este se encontra na fase inicial de cometimento de delitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA prescreve medidas diversas ao adolescente infrator, como é o caso das medidas socioeducativas. Estas substituem a aplicação da medida de internação e têm como objetivo a ressocialização e a reeducação do adolescente. É o caso do regime de semiliberdade, que determina o afastamento do

adolescente do convívio familiar, mas não cerceia seu direito de ir e vir, permitindo sua integração à sociedade por meio da escola e do trabalho. A liberdade assistida, por sua vez, supõe o acompanhamento da vida social do adolescente, de forma individualizada, buscando garantir proteção, inserção comunitária, manutenção dos vínculos com a família e inserção no mercado de trabalho.

Nesse sentido, propõe-se a ampliação das vagas existentes nos centros de internação para menores em situação de risco, já que com a efetivação dessa política de recuperação do infrator é possível impedir que ele se conforme em um criminoso de alto potencial ofensivo quando alcançar da idade adulta. É importante ressaltar que as vagas dessa natureza foram duplicadas nos últimos três anos. No entanto, ainda não são suficientes para suprir toda a demanda. Além disso, a simples expansão da capacidade de atendimento não é capaz de efetivar o ideal de prevenção de novos delitos, fazendo-se indispensável o aprimoramento de técnicas específicas para retirar esses jovens da marginalidade, garantindo a formação cidadã dos mesmos.

f) *Aprimoramento da central de penas alternativas*

Na atualidade um dos maiores óbices à efetivação das penas restritivas de direitos em substituição à punição por meio da privação da liberdade encontra-se na ausência de organismos aptos a fiscalizar e orientar sua execução nas maiores comarcas do estado. Assim sendo, a implementação de um órgão cujas competências para a supervisão do sentenciado contemplado com uma sanção mais adequada a sua situação de criminoso de menor periculosidade, bem como para a execução dessa modalidade de pena criminal, poderia reduzir não somente o número de mandatos de prisão a serem executados pela polícia, mas também as cifras de pequenos criminosos não punidos ou condenados ao cárcere. Além disso, ter-se-ia uma recuperação mais efetiva do sentenciado, o qual passará a ser sancionado na justa medida da lesão por ele causada à sociedade por meio do cometimento da infração penal.

Atualmente, existem apenas três comarcas com esse tipo de iniciativa, a saber: Juiz de Fora, Ribeirão das Neves e Contagem. Desta forma, o que se propõe é a reaplicação dessa experiência para as cidades pólos de Minas Gerais as quais, atualmente, vivenciam um aumento não apenas da criminalidade violenta como também dos crimes de menor potencial ofensivo, os quais muitas vezes são alvo da pena privativa de liberdade ou não suscitam nenhum procedimento criminal. Nesses termos, sugerem-se as cidades de Poços de Caldas, Montes Claros, Teófilo Otoni, Uberlândia, Uberaba, Unaí, Paracatu, Patos de Minas, Governador Valadares, Coronel Fabriciano, Ipatinga e cidades ainda não contempladas na Região Metropolitana de Belo Horizonte.

## 6 CONCLUSÃO

Um dos fenômenos capazes de explicar os altos índices de impunidade na sociedade brasileira reside no sistema prisional, caracterizado pela

superlotação crônica e pela participação indevida da Polícia Civil na custódia dos presos e da Polícia Militar na guarda externa das unidades prisionais. Conforme o diagnóstico permitiu constatar, as disfuncionalidades do sistema prisional influenciam nas medidas de prevenção e repressão à criminalidade. Isso porque é impossível quebrar o círculo vicioso do cometimento de delitos por meio do encarceramento do delinquente em cadeias superlotadas, que não permitem a implementação de nenhuma política ressocializadora. É importante destacar que essa questão produz impactos diretos sobre a atividade de polícia judiciária como também de polícia ostensiva.

Observou-se que a ampla dimensão dos desafios enfrentados pelo Brasil pode ser entendida como o resultado perverso, acumulado e agravado ao longo dos anos, de problemas de natureza obviamente diversa, mas com um forte componente institucional. É absurdo o déficit de institucionalização a que chegou o arranjo organizacional do sistema de segurança pública brasileiro. Neste sentido, portanto, a maioria das ações aqui sugeridas caminha na direção de prover o sistema de uma lógica mais razoável e concernente às demandas que hoje se colocam ao Estado brasileiro e mineiro. As diretrizes sugeridas, por consequência, não são novas ou revolucionárias, mas traduzem, por outro lado, algo do consenso que se tem formado ao longo dos anos a respeito dos principais problemas da segurança pública em Minas Gerais e no Brasil.

Nesse sentido, para que o sistema de segurança pública do Estado de Minas Gerais seja capaz de, efetivamente, realizar a detenção e a recuperação dos delinquentes mineiros, faz-se indispensável a construção de novas unidades prisionais, transferência dos presos sob guarda da Polícia Civil para a SEJDH, implementação de uma política de atendimento ao adolescente infrator bem como investimento em alternativas que garantam o não-encarceramento do criminoso quando esse não representa perigo à sociedade. Com isso, espera-se não apenas retirar Minas Gerais do posto de pior sistema penitenciário do País como, efetivamente, garantir a segurança de todos os mineiros.

### Referências Bibliográficas

ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo, 1974-1985. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 70-94, 1989.

BATTITUCCI, Eduardo Cerqueira; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; SAPORI, Luís Flávio. Diretrizes para uma política de segurança pública em Minas Gerais. In: *Minas Gerais do Século XXI*. Belo Horizonte: Rona, 2002. v. 8.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, Césare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Forense, 1998.

BRANT, Vinicius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jul. 1984.

CAMARGO, Carlos Alberto de. Prevenção criminal e dignidade humana. *Debates*, São Paulo, n. 18, p. 109-127, 1998.

CANO, Ignácio; SANTOS, Nilton. *Violência letal, renda e desigualdade social no Brasil*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2001.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalidade urbana violenta. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 145-183, maio 1988.

\_\_\_\_\_. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 139-161, abr./jun. 1978.

CRIMINAL JUSTICE INSTITUTE, INC. *The corrections year book*. New York: CJI, 1997.

DURKHEIM, Emile. *A divisão do trabalho social*. Lisboa: Presença, 1984.

FYFE, James F. (Org.). *Police practices in the 90's: key management issues*. Washington: International City Management Association, 1989.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

\_\_\_\_\_. *Manicômios, prisões e conventos*. Rio de Janeiro: Perspectiva, 1987.

GREGORI, José. Perspectivas para reforma do Sistema de Segurança Pública Nacional. *Debates*, São Paulo, n. 18, p. 11-16, 1998.

GUIMARÃES, Alba Zaluar. *Desvendando máscaras sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades*. Rio de Janeiro: Human Rights Watch, 1998.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitérios dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. O sistema penitenciário brasileiro. In: FÓRUM DE DEBATES: CRIMINALIDADE, VIOLÊNCIA E SEGURANÇA, 2000, RIO DE JANEIRO. *Criminalidade, violência e segurança pública no Brasil: discussão sobre as bases de dados e questões metodológicas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.

LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula M. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 45-122, jul./dez. 2000.

PAIXÃO, Antônio Luiz. Crime, controle social e consolidação da democracia: as metáforas da cidadania. In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (Org.). *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice, 1988. p. 168-199.

\_\_\_\_\_. Crime, controle social e a cultura oficial da sociologia. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 513-521, jul./dez. 1995.

\_\_\_\_\_. *Recuperar ou punir?: como o estado trata o criminoso*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 43-52, maio 1997.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *Diagnóstico sobre as condições atuais para desenvolvimento do trabalho do preso, no âmbito das unidades da SEJDH*. 2000. Monografia (Graduação em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro. Escola de Governo, Belo Horizonte, 2000.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

# RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DE ÓRGÃOS PÚBLICOS: PREFEITURAS MUNICIPAIS

MAGNUS DE LELLIS ALMEIDA

Engenheiro Mecânico pela PUCMG

Bacharel em Direito IES – FUNSEC João Monlevade

Pós-graduado em Gestão Estratégica de Negócios pela USP

De uma coisa sabemos: A terra não pertence ao homem; é o homem que pertence à terra, disso temos certeza. Todas as coisas são interligadas, como o sangue que une uma família. Tudo está relacionado entre si. Tudo quanto agride a terra agride os filhos da terra. Não foi o homem quem teceu a trama da vida. Ele é meramente um fio da mesma. Tudo que ele fizer à terra a si próprio fará. (Cacique Seattle-Tribo Duwamisk-USA/1855)

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Origem histórica e conceito das cidades – 3 Autonomia municipal – 3.1 Evolução histórica – 3.2 Distribuição de competências – 3.3 O interesse local – 3.4 O município diante das legislações ambientais federais e estaduais – 4 Tópicos da gestão ambiental local – 4.1 Expansão urbana – 4.2 Água e esgoto – 4.3 Resíduos sólidos – 4.4 Poluição atmosférica, visual e sonora – Áreas verdes e azuis – 4.6 Patrimônio histórico e cultural – 4.7 Educação ambiental – 5 Arcabouço legal disponível – 5.1 Princípios ambientais reguladores da administração municipal – 5.1.1 Acesso equitativo aos recursos ambientais – 5.1.2 Prevenção e precaução – 5.1.3 Participação – 5.1.4 Intervenção do poder público – 5.1.5 Responsabilidade ambiental – 5.1.6 Usuário pagador – 5.1.7 Ubiquidade – 5.2 Legislação aplicável ao município – 5.2.1 Constituição Federal de 1988 – 5.2.2 Qualidade do ar – 5.2.3 Água – 5.2.4 Solo – 5.2.5 Fauna e flora – 5.2.6 Patrimônio histórico e cultural – 5.2.7 Poluição sonora e visual – 5.2.8 Educação ambiental – 5.2.9 Legislação sancionadora e reparatória – 5.2.10 Legislação estadual e leis orgânicas municipais – 6 Municipalização da política ambiental – 6.1 A estrutura orgânica do município – 6.2 Instrumentos da gestão ambiental local – A atuação do município e suas responsabilidades – 7.1 Implementação política ambiental – 7.2 Monitoramento das atividades privadas – 7.3 Enquadramento ambiental do município com agente empreendedor – 8 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

Ao colocar o homem defronte das questões ambientais, percebe-se nitidamente o disparate existente entre o seu dever e o seu efetivo comporta-

---

<sup>1</sup> WELLS, H. G. (apud MILARÉ, 2001, p. 38).

mento. Essa afirmativa, enaltecida pelo posicionamento de Wells,<sup>1</sup> que caracteriza a história humana como sendo cada vez mais uma corrida entre a educação e o desastre mostra o paradoxo presente nas suas relações com a Terra, relações essas que põem em xeque o seu destino. A maior meta do homem, portanto, é eliminar este paradoxo.

Desde a sua existência no planeta há de se falar em interferência no meio ambiente. No afago de dominar a natureza e satisfazer suas necessidades em prol do desenvolvimento, o homem perdeu o controle sobre seu próprio poder de alterar o equilíbrio dos ecossistemas, trazendo consigo o agravamento dos problemas ambientais, que ele disseminou por entre as suas castas e é, atualmente, um de seus principais tormentos. Estes problemas ambientais o atingem em diversas esferas, o que exige comportamentos diferenciados perante cada uma delas. Nesse contexto, uma esfera se destaca: a comunitária. Aqui especial atenção deve ser dada à cidade, por ser o lugar geográfico onde se manifestam as realidades socioeconômicas, políticas e demográficas de um território, sendo um espaço contínuo, ocupado por um aglomerado humano considerável, denso e permanente, de concepções culturais semelhantes e de mesma origem, cuja estrutura e evolução são determinadas pelo meio físico, pelo desenvolvimento tecnológico e pelos modos de produção existentes (ROCHA, 1999, p. 4). É, portanto, o principal ambiente onde o homem externa suas ações. Desse modo, as relações existentes entre homem e cidade devem ser harmonizadas e ambientalmente balanceadas.

No Brasil, viu-se no último século uma explosão na multiplicação das cidades e hoje o país conta com mais de 5.500 municípios. Seguiu-se uma grande transformação da população rural em urbana, o que causou uma modificação radical no ambiente urbano, alterando seus fluxos materiais e de energia, gerando impactos significativos no meio ambiente. Considerando a totalidade de municípios, a maioria tem pouca experiência na gestão local de uso e ocupação de seu espaço físico.

Uma vez frente a esses problemas, cada vez mais se faz necessária a existência de sistemas de gestão ambiental dos espaços urbanos, garantindo a todos os cidadãos os seus direitos a um ambiente equilibrado, contínuo e sustentável, de forma a suportar gerações vindouras.

A Constituição Federal de 1988, em um marco histórico, conferiu mais autonomia ao município, fato que ainda não foi totalmente absorvido pelos administradores locais e pelo povo. O município tornou-se uma pessoa jurídica fortalecida com competências suficientes para atender à sua população, exigindo dela a reciprocidade necessária. Logo, conforme adverte bem Milaré (2001, p. 76), cabe a seu administrador, o poder público municipal, assumir a função de gestor qualificado, concebendo, praticando, exigindo e fiscalizando a prática dos atos condizentes com a política urbana e com as funções sociais e

ambientais da cidade. A ele é atribuída a responsabilidade de implantação do sistema de gestão ambiental local.

É dever da administração pública municipal, ao considerar o plano ambiental, manter continuamente a prática equilibrada de suas ações quando atua como órgão legislador e fiscalizador, bem como quando atua como órgão empreendedor (ou agente realizador), equiparando-se, neste caso, ao cidadão.

O objetivo deste trabalho é situar a administração municipal nesses dois pólos, verificando o seu enquadramento no moderno arcabouço jurídico ambiental disponível, analisando os desvios e impactos daí advindos.

## 2 ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DAS CIDADES

As primeiras notícias sobre a origem das cidades remontam a 5.000 a.C., no Oriente, quando os primeiros povoados foram formados. Naquela época os produtores do campo direcionavam seus excessos de produção para os habitantes da urbe, fossem eles grupos de artesãos, guerreiros, religiosos, entre outros (ROCHA, 1999, p. 2).

No séc. VIII a.C. surge na Grécia antiga a polis, fruto da reação do povo ao governo dos principais reis. Ela consistia em uma cidade cercada, tendo em separado a zona rural. Em seu território, havia pequenos povoados e, ao centro, desenvolviam-se as principais comunidades, nas cidadelas e ágoras. O seu poder estava nas mãos das assembleias de cidadãos e possuía como principais ideais a liberdade, a autoconfiança e a autonomia (NOVA...1996, p. 779).

Mais tarde, nos idos do séc. I a.C., durante a República romana, surge o município como unidade político-administrativa, centro dos interesses do Governo romano.

A palavra deriva do latim *municipium*, cidade governada pelas suas leis próprias e sob jurisdição de Roma, e vem da palavra *municep*, que quer dizer cidadão municipal e é formada por *múnus*, que significa muro, mais *co-pio*, cujo sentido é tomar. Assim sendo, *munícipe* é aquele que toma o muro, ou seja, o encargo (TAVARES).<sup>2</sup>

Ao longo dos séculos muito se evoluiu em termos de município, a começar dos pequenos povoados, passando pelas aldeias e cidades até atingir as grandes metrópoles e megalópoles. A velocidade de transformação desde então foi grandiosa.

Enquanto as mudanças no campo ocorriam de forma lenta, nas cidades ocorriam de forma rápida e profunda, dando início a uma civilização que aconteceu continuamente e sempre de forma provisória.

A Revolução Industrial consolidou o processo de urbanização, causando uma aglomeração de fábricas nas cidades, o que culminou na civilização

<sup>2</sup> TAVARES, Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho (apud MATOS, 2001, p. 112).

industrial atual e na cidade moderna.

Na análise de Rocha (1999, p. 6), “[...] as grandes metrópoles ou megalópoles são realidade neste início de século. A metrópole aparece hoje como a expressão última do processo de urbanização.”

A concepção da cidade brasileira se deu conforme o modelo lusitano de apropriação do espaço urbano que, além de permitir a livre ocupação da terra, concentrava as atenções na ordem jurídica e fiscal. Diferente foi o modelo desenvolvido pela América espanhola, que estabelecia prioritariamente as regras de construção da cidade, preocupando-se com o traçado e as formas administrativas da mesma (ROCHA, 1999, p. 13).

Durante todo o processo de colonização, a ocupação do solo brasileiro se deu pelo regime de sesmarias. Após a independência, em 1822, vigorou um sistema de ocupação e apropriação livre da terra. A partir de 1850, a terra passa a ser devidamente registrada, reconhecendo-se o direito de propriedade.

No entanto, o processo de urbanização iniciou-se apenas na década de 30 com as novas políticas adotadas pelo Governo brasileiro. Por volta dos anos 60, o processo de urbanização acentuou-se, quando houve a inversão do maior quantitativo da população rural para a urbana (ROCHA, 1999, p. 14-15).

Atualmente, a cidade brasileira configura-se como um sistema aberto das inter-relações de seres e entidades que nela habitam ou situam, com autonomia local relativamente abrangente, que gere a vida pública de seus habitantes com vistas a um espaço simbiótico, com atividades políticas, econômicas e sociais devidamente equilibradas, e simbólico, de relações culturais integradas e coletivas.

Lobo<sup>3</sup> sintetiza a cidade como a resultante “[...] de forças representadas pelos fatores políticos, geográficos, econômicos e sociais, que colocam a figura humana em uma situação de perfeita correspondência com esses fatores [...]” e surge da própria necessidade do homem, transformando este ser – dito civilizado – em um organizador de espaços.

Portanto, a cidade tem como dever estabelecer uma correta ordenação de seu espaço e um efetivo planejamento de seus recursos. O nível de implantação de sua política de urbanização e de meio ambiente, segundo Séguin (2002, p. 35): “[...] evidencia o grau de desenvolvimento do povo que a constitui e habita, enriquecendo a experiência humana com um enorme e amplo universo onde, ao invés das realidades se chocarem, complementam-se no exercício do respeito, da solidariedade e da cidadania.”

Em suma, a cidade não pode ser definida isoladamente. Um centro urbano somente adquire o *status* de cidade no momento em que se torna município, pessoa jurídica de direito público interno e, no caso do Brasil, um ente

---

<sup>3</sup> LOBO, Durval (apud SÉGUIN, 2002, p. 35).

da Federação (ROCHA, 1999, p. 5).

### 3 AUTONOMIA MUNICIPAL

#### 3.1 Evolução histórica

Segundo o art. 18 da Constituição Federal de 1988, a organização político-administrativa da Federação consiste na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios, entes considerados autônomos dentro do que delimita este Instituto.

A aliança entre esses entes gera relações entre União-Estados, União-Municípios e Estados-Municípios, que devem estar em perfeita sintonia umas com as outras, sem que o desenvolvimento de uma parte da Federação ocorra às custas da poluição e da degradação da natureza de outra parte, mesmo sendo o mais pobre e longínquo dos municípios (MACHADO, 2000, p. 352). Até 1988 o tema da autonomia municipal foi tratado, de forma direta ou não, por todas as constituições nacionais.

No entanto, o município brasileiro, inspirado no modelo português, sempre esteve refém do regime de governo praticado em cada época, chegando algumas vezes a estar totalmente vinculado às ações do Governo Central. No regime monárquico a sua autonomia não existiu, indicando apenas o exercício das funções administrativas locais e vinculadas aos interesses do imperador. Na Primeira República, foi sufocada pelo Coronelismo. No período revolucionário e ditatorial, não ocorreu pela incompatibilidade com o momento político vivido no país.

Percebe-se, então, que até a promulgação da atual Carta Constitucional, essa autonomia foi apenas nominal (MATOS, 2001, p. 113), distanciando o município da finalidade de sua concepção que era proporcionar o bem-estar de todo o seu povo, organizando a vida local, já que além de ser o menor ente federativo está próximo aos problemas locais.

O ponto chave do posicionamento do município no Direito brasileiro foi a Carta Magna de 1988, que lhe assegurou autonomia e o integrou à Federação. Assim interpreta Bonavides<sup>4</sup>: 'As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por este instituto em todas as épocas constitucionais da nossa história.' A partir daí o município foi elevado à condição de integrante da Federação sendo a ele outor-

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo (apud MATOS, 2001, p. 113).

gado o poder de gerir localmente todos os seus problemas, usando para tanto os meios legais que lhe são cabíveis.

### 3.2 Distribuição de competências

A Constituição Federal de 1988 definiu claramente o regime de competências, administrativas e legislativas, aplicáveis aos entes federados.

À União coube a competência material exclusiva, privativa e concorrente; aos Estados e Distrito Federal a competência concorrente e suplementar; e aos municípios a competência para legislar sobre temas de interesse local, podendo suplementar a legislação federal e estadual.

Em se tratando da matéria ambiental, a União tem competência material exclusiva para atuar na elaboração dos planos de ordenação do território e desenvolvimento econômico e social, na exploração direta e indireta do potencial energético e dos cursos d'água e na exploração de serviços e instalações nucleares (art. 21, IX, XII b e XXIII). Tem também competência privativa para legislar sobre águas e energia, jazidas, minas, recursos minerais e atividades nucleares de qualquer natureza (art. 22, IV, XII e XXVI).

A competência municipal está disposta no art. 23, que estabelece a competência material comum, de natureza administrativa (ANTUNES, 1999, p. 61) em conjunto com a União e Estados para atuar na proteção de bens de valor artístico e histórico (incisos III e IV), na proteção ao meio ambiente e combate à poluição (inciso VI), na preservação de florestas, fauna e flora (inciso VII) e na melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX).

O art. 24, por sua vez, determina a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar em questões que envolvam florestas, caça, pesca, conservação da natureza, solo, poluição e proteção ao meio ambiente (inciso VI), proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII) e responsabilidade sobre danos ao meio ambiente (inciso VIII). A Magna Carta silenciou, portanto, em relação ao município.

Surge, desse modo, a dúvida se o município tem a competência para legislar sobre assuntos pertinentes ao meio ambiente. Segundo Antunes (1999, p. 61), "[...] é incorreto dizer que os municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental."

Ocorre que o art. 30 da mesma Carta, que determina competências do município, estabelece competência para que ele legisle sobre assuntos de interesse local (inciso I), para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (inciso II), para promover o adequado ordenamento territorial e a proteção do patrimônio histórico e cultural local (incisos VIII e IX). Logo, conclui Antunes (1999, p. 62) que: "[...] está claro que o meio ambiente está

incluído dentre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental."

Comunga dessa mesma posição Milaré (1999, p. 36) ao criticar a posição contrária: "[...] é uma conclusão açodada, desarrazoada e sem sustentação alguma porque, se a Constituição dá poder para zelar, evidente que só pode zelar com proficiência quem tiver poder também para legislar."

Desta forma, configura-se o município uma pessoa jurídica autônoma, com competências, atribuições e forças suficientes para dirimir os problemas ambientais locais, elevando a população à condição de cumpridores de seu dever constitucional.

Analisando a competência municipal no plano urbanístico, verifica-se que até a Constituição Federal de 1988 não havia distribuição das competências. A nova Carta Constitucional encarregou-se desta repartição conferindo à União poderes para elaborar e executar planos de organização do território, para estabelecer princípios, diretrizes e normas gerais sobre Direito Urbanístico (arts. 21, IX, XX, XI, e 24, I).

Aos estados cabe a competência concorrente para legislar no plano urbanístico, podendo, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas e aglomerados urbanos para integrar a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum (arts. 24, § 3º, e 25, § 3º).

Ao município cabe estabelecer a política de desenvolvimento urbano, visando alcançar as funções sociais da cidade (art. 182), organizando ordenadamente seu território por meio do planejamento, parcelamento, ocupação e controle do uso do solo, elaborando e executando seu plano diretor (art. 30, VIII).

Em síntese, o processo de urbanização demanda preocupação por parte das autoridades políticas e científicas à medida que o crescimento desordenado afeta diretamente outras ordens como a qualidade de vida, a saúde, a educação, o desemprego e os impactos ambientais. Proteger o meio ambiente, fornecendo uma condição de vida digna aos seus cidadãos é o grande desafio municipal, que deve usar de sua autonomia para alcançá-lo.

No plano sancionador ambiental, pode o município estabelecer sanções administrativas tais como multas, arresto e/ou apreensão de produtos ou artigos materiais, interdições, demolições e suspensões. Poderá também usar a ação civil pública para fazer cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer. Em relação aos crimes e contravenções cabe-lhe apenas a aplicação já que a instituição fica a cargo da União (art. 22, I).

### 3.3 O Interesse local

A expressão *interesse* vem sendo usada há algum tempo para designar

a competência municipal e, com o advento da Constituição Federal de 1988, o termo usado passou a ser *interesse local*.

O interesse local não necessariamente compreende toda a área do município, podendo representar uma ou várias localidades que compõem seu território (MACHADO, 2000, p. 355).

Seu sentido também não é único, já que existirão interesses locais pela preservação do meio ambiente, bem como pelo desenvolvimento econômico emergente, imediato e desordenado.

Algumas vezes, o interesse local situa-se na alçada de decisão do município, quando caberá a ele resolver conflitos porventura existentes e decorrentes da utilização de seu significado.

Outras vezes será necessário a administração municipal recorrer à União e estados, buscando o apoio necessário para dirimir dúvidas acerca da matéria ambiental. Nesse caso, esses entes federados não poderão prejudicar o direito do município à qualidade de vida e ao meio ambiente equilibrado.

### **3.4 O Município diante das legislações ambientais federais e estaduais**

Apesar da Magna Carta atribuir várias competências exclusivas e privativas à União, Estados e Distrito Federal, é adequado dizer que qualquer uma das unidades federativas tem competência para aplicar a legislação ambiental, mesmo não sendo ela a autora do instrumento legal respectivo (MACHADO, 2000, p. 358). Como exemplo, o município não pode legislar sobre as águas, mas deve aplicar a legislação federal respectiva dentro dos limites de seu território. O mesmo ocorre em relação aos bens da União dispostos no art. 20 da CF/88, sobre os quais o município poderá definir regras de utilização ou medidas de proteção. Por outro lado, devem a União e estados sujeitarem-se às regras originadas do município, quando o mesmo estiver atuando dentro de seu rol de competências.

No que diz respeito aos planos de organização e zoneamento ambiental o município não pode ficar vinculado àqueles de âmbito nacional, podendo, judicialmente, invalidar os programas federais ou estaduais que divergem com seu direito a um ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida (art. 225 da Constituição Federal) (MACHADO, 2000, p. 359).

Quanto ao Direito Urbanístico, a União editará as normas gerais e o município elaborará o seu plano diretor (art. 182 da CF/88).

Entretanto, poderá ocorrer a invasão de competência por parte da União e estados no município e vice-versa. No primeiro caso, a quebra da autonomia municipal restringe em muito o campo de ação do município, interferindo significativamente na sua eficiência quanto à prática, implantação e controle urbanístico e ambiental. Deve, portanto, ser evitado. No segundo caso, o municí-

---

<sup>5</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery (apud MACHADO, 2000, p. 365).

pio é quem invade a competência da União e estados. Nesse sentido aparta Mirra:<sup>5</sup>

'[...] é bastante freqüente, na prática, que os Municípios, ao legislarem em tema de meio ambiente, procurem diminuir o rigor do legislador federal ou estadual e, com isso, ampliar ou facilitar o exercício de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente em seus territórios, sem o devido respeito às restrições já anteriormente estabelecidas pelas normas da União e dos Estados.'

Ações dessa natureza devem ser combatidas por contrariar os limites constitucionais da competência legislativa do Município.

#### **4 TÓPICOS DA GESTÃO AMBIENTAL LOCAL**

Para um efetivo, eficiente e eficaz desenvolvimento socioeconômico, a cidade deve se enquadrar como unidade auto-sustentável, implementando o desenvolvimento sustentável e transformando-se em uma bio-região. Isto quer dizer que tudo aquilo que é regionalmente produzido deve ser consumido e o que é criado, como resíduos, deve estar de acordo com os interesses ambientais locais (SÉGUIN, 2002, p. 37). Somente quando a produção, o consumo e o tratamento dos recursos ambientais estiverem em perfeito equilíbrio é que se pode falar em sustentabilidade urbana. Nesse contexto, o município deve se preocupar com vários tópicos que fazem parte de sua gestão municipal.

##### **4.1 Expansão urbana**

A expansão urbana está sistematizada por meio do plano diretor e do planejamento ambiental, tratados nos arts. 182 e 225 da Constituição Federal de 1988, e, mais recentemente, na Lei nº 10.257, de 10.07.2001, o Estatuto da Cidade. Todo município com mais de 20 mil habitantes deve possuir seu plano diretor, aprovado pelo legislativo municipal, que é seu instrumento de política de desenvolvimento e expansão urbana. O planejamento ambiental deverá considerar os pontos de vulnerabilidade e as áreas de risco ambiental, para o assentamento da população e dos empreendimentos, bem como as discontinuidades urbanas e restrições dos elementos naturais. Um planejamento ambiental e urbano adequado busca o melhor para as condições socioeconômicas e de vida da comunidade, mantendo em perfeita harmonia o meio ambiente, natural e construído, devidamente equilibrado.

Consta também entre as diretrizes municipais a adoção de um sistema

de zoneamento urbano e ocupação do solo que enquadre os diversos empreendimentos em seus locais apropriados, levando-se em consideração o ciclo de água, de energia e dos recursos naturais do município. Os resultados do planejamento devem ser amplamente discutidos, aprovados e divulgados pela população local, abrindo caminhos para sua implantação e facilitando a execução das políticas e planos ambientais.

## **4.2 Água e esgoto**

De acordo com dados da Organização das Nações Unidas – ONU, ao se falar em águas, o Brasil, ao mesmo tempo que possui um dos maiores potenciais hídricos existentes, tem também uma das áreas mais poluídas do mundo. De cada dez rios que deságuam no Oceano Atlântico, sete estão contaminados com esgoto doméstico e resíduos agrícolas e industriais (MARTINS, 2002, p. 2). O passivo acumulado nas últimas décadas pelo descaso para com o ciclo da água foi responsável por toda a agressão atualmente existente nas nascentes, nos rios e lagoas, prejudicando a todos que auferem seus benefícios.

A crise da falta de água, antes desenhada apenas para um futuro distante, já é realidade em várias metrópoles e municípios brasileiros. O crescimento urbano desordenado altera notavelmente o fornecimento de água, poluindo de forma assustadora e irreversível suas reservas. O esgotamento sanitário chega a 54% dos domicílios brasileiros, enquanto apenas 10% do esgoto coletado é tratado (TORNEIRAS... 2002, p. 14). Sendo a água um elemento da natureza indispensável ao ser humano e sem o qual ele não sobrevive, especial atenção deve ser dada à gestão dos recursos hídricos.

Mesmo sabendo que é competência privada da União legislar sobre águas, não pode o município isentar-se da sua responsabilidade em conservar as águas sob seu domínio, evitando a poluição dos recursos hídricos. Os efluentes domésticos e industriais são gerados localmente, dentro da circunscrição municipal. Assim, o problema da água está diretamente relacionado com a política ambiental do município.

## **4.3 Resíduos sólidos**

Os principais pontos relacionados aos resíduos sólidos referem-se à disposição inadequada, à geração acelerada e ao esgotamento da capacidade dos aterros. A disposição inadequada em aterros causa a contaminação do solo e dos lençóis freáticos (MOREIRA, 2001, p. 29). O aumento no volume do lixo, decorrente do alto grau de consumo e desperdício da civilização industrial, faz com que o seu tratamento seja cada dia mais complexo e custoso. As

políticas de uso adequado e moderado, reaproveitamento e reciclagem não são amplamente difundidas e praticadas e, para os mais de 5 mil municípios brasileiros, praticamente a totalidade convive com problemas de disposição inadequada de seus lixões. O princípio acolhido pela Convenção de Basileia de 1989 e atualmente aplicado no Brasil é de que os resíduos gerados devem ser tratados no mesmo local de geração. Isto posto, cabe a quem produz resíduo em um determinado local tratá-lo de forma adequada (MACHADO, 2000, p. 373).

Assim sendo, uma política ambiental municipal que considere os setores geradores de resíduos e sua correspondente e correta localização, estabelecendo normas que obriguem os responsáveis por esses setores a dar o destino correto e o devido tratamento aos seus materiais descartados, deve estar sempre em voga. Da mesma forma o município deve estar atento à fiscalização para o cumprimento da sua política de resíduos. Deve também impedir que resíduos adentrem em seu território ou nele sejam depositados, sem a devida autorização.

#### **4.4 Poluição atmosférica, visual e sonora**

O aumento crescente da população urbana e seu assentamento impróprio resultaram numa explosão do número de indústrias, estabelecimentos comerciais e veículos, presentes e circulantes nas cidades.

No setor de produção, muitas fábricas ainda não possuem a mínima condição de operação, sem causar impactos negativos também na poluição do ar. Descargas industriais ricas em enxofre, gás carbônico e outras substâncias químicas, nem sempre protegidas por sistemas de filtragem, avançam cada vez mais pela atmosfera, poluindo-a.

O mesmo ocorre com o tráfego urbano. Somente em São Paulo são mais de cinco milhões de veículos em circulação e que despejam, diariamente, na atmosfera, grande quantidade de gases provenientes da queima de combustíveis. Acrescentem-se a isso os impactos advindos da qualidade dos combustíveis, das características dos veículos (regulagens dos motores) e da manutenção e conservação da frota circulante.

No aspecto visual, por onde se observa, verifica-se a grande quantidade de placas de lojas e publicidade cobrindo fachadas históricas (a maior parte irregulares, diga-se de passagem), anúncios políticos descaracterizando paisagens e tintas embaçando estátuas e monumentos históricos. A poluição visual impõe-se no cenário urbano, integrando-se à paisagem da cidade que se desfaz à desatenta percepção.

Nas estruturas ambientais municipais, a maior fonte de reclamações ocorre em função da poluição sonora. O próprio temperamento do cidadão

brasileiro, geralmente festivo e barulhento, é uma das principais causas. O mesmo se verifica na localização dos aeroportos, das casas noturnas, dos bares, dos templos religiosos, dos estabelecimentos comerciais, de emissores sonoros, entre outros.

A solução para todos esses casos passa necessariamente pela esfera municipal, que deverá estabelecer instrumentos, mesmo que suplementares aos da União, que lhe permitam praticar uma política preventiva e restauradora. Para aferir a efetividade, deve dispor de um eficiente sistema de autorização e fiscalização, impedindo a ocorrência dos efeitos advindos dos problemas acima listados.

#### **4.5 Áreas verdes e azuis**

As regiões descontínuas de ocupação, que reúnem parte da fauna e flora locais, contribuindo para o meio ambiente e para atividades comunitárias, são denominadas áreas verdes. São os parques municipais e as praças. Áreas azuis correspondem aos corpos d'água, tais como lagoas e lagos. Essas áreas classificam-se em pequenas ou grandes e têm como funções contribuir para a circulação atmosférica e iluminação urbana, preservar parte da paisagem natural de origem (mantendo os valores científicos), servir de espaço para a educação ambiental e de local para recreação e lazer (FRANCO, 1999, p. 27). É responsabilidade do município zelar pelas áreas verdes que instituir, não podendo descaracterizar as funções básicas desses espaços públicos de uso comum.

#### **4.6 Patrimônio histórico e cultural**

Na opinião de Milaré (2001, p. 201), esse patrimônio refere-se às “[...] sucessivas criações do espírito humano que traduzem nas suas múltiplas obras.” O município não pode deixar a cargo da legislação federal e estadual a proteção dos bens e valores presentes em seu território, mesmo que alegue dificuldades financeiras para mantê-los ou recuperá-los. É importante que o município tenha uma legislação própria visando à proteção de seu patrimônio histórico e cultural que, quando posta à frente da legislação federal e estadual, some-se a elas, conferindo ao ente municipal competência suficiente para administrá-lo eficientemente.

#### **4.7 Educação ambiental**

A conscientização e a educação ambiental devem estar presentes em qualquer política ambiental desenvolvida no plano municipal. A busca da cidadania ambiental é parte de um modelo de participação social que pode transformar significativamente as comunidades onde está presente. O município,

mesmo que contando com a iniciativa privada, deve criar os seus núcleos e equipes de educação ambiental, que serão os agentes catalizadores, estimuladores e organizadores da sociedade no contexto ambiental. A educação vem do berço. Logo, é o município o responsável por preparar a sua população para enfrentar, conscientemente, a realidade e a complexidade dos impactos ambientais do séc. XXI.

## **5 ARCABOUÇO LEGAL DISPONÍVEL**

Desde a década de 50 vieram acontecendo movimentações diversas no globo terrestre que se preocupavam com questões ambientais. Entretanto, esses movimentos eram dispersos e pouco abrangentes, além de não possuírem a velocidade suficiente para acompanhar a evolução industrial, o desenvolvimento urbano e a revolução técnico-científica que ora se encontravam em fulcro processo de alavancagem.

Foi em 1972, com a Declaração de Estocolmo, que a matéria ambiental começou a ganhar expressão em nível mundial, sendo de imediato tratada pela legislação de vários países. De Estocolmo a Joanesburgo (Cúpula da Terra – 2002), passando pelo Rio de Janeiro (ECO-92) e Kyoto (1997), o meio ambiente tornou-se uma preocupação e um compromisso de todos. Por conseguinte uma cadeia legislativa para tratar as diversas formas e níveis dos principais aspectos ambientais da humanidade foi criada nos mais de 180 países filiados à ONU (DE ESTOCOLMO... 2002).

No Brasil, somente após 1980 é que se conferiu maior velocidade, efetividade e consciência à legislação que trata da matéria. Quatro foram os marcos principais da legislação ambiental nacional: as Leis nº 6.938, de 31.08.1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), nº 7.347, de 24.07.1985 (Ação Civil Pública), nº 9.605, de 12.02.1998 (Crimes Ambientais) e a Constituição Federal de 1988. Antes do detalhamento da legislação pertinente à esfera municipal, faz-se necessário conhecer os princípios ambientais inerentes à administração municipal.

### **5.1 Princípios ambientais reguladores da administração municipal**

Na acepção de Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 113), princípios são pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados democráticos e civilizados que indicam o caminho protetor das normas ambientais adequadas às características, às realidades e aos valores culturais de cada localidade. Em questão de meio ambiente, existem os Princípios Gerais do Meio Ambiente que são os pilares e as diretrizes genéricos modeladores de uma política

procedimental e aplicáveis à proteção ambiental. A aplicação desses princípios adaptados à realidade sociocultural de cada território é realizada pelos Princípios da Política Local de Meio Ambiente.

Podem-se enumerar, dessa forma, os princípios ambientais que norteiam a administração municipal, regendo os recursos naturais existentes na circunscrição de cada município.

#### **5.1.1 Acesso equitativo aos recursos ambientais**

Consoante o art. 225 da CF/88, todos têm o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o dever de preservá-lo para o uso das gerações futuras.

#### **5.1.2 Prevenção e precaução**

Todos os esforços devem visar à presunção de fatos catastróficos, com o devido dever geral de cautela, e devem relacionar-se com a política ambiental localmente estabelecida, incluindo medidas que atuem de forma pró-ativa e antecipada, evitando-se o dano.

#### **5.1.3 Participação**

Todas as medidas ambientais, assim como a política ambiental municipal, devem ser adotadas com a participação dos diversos setores da sociedade, Organizações Não Governamentais – ONGs e grupos interessados, sendo dada publicidade a todos os fatos.

#### **5.1.4 Intervenção do poder público**

O Poder Público, no caso o municipal, é o ente dotado de autonomia administrativa e legislativa para dirimir questões ambientais, sendo, portanto, seu dever, a defesa do meio ambiente local mediante prevenção, prática, fiscalização e sanção das ações irregulares.

#### **5.1.5 Responsabilidade ambiental**

Uma vez causado o dano ao meio ambiente, cabe reparação à pessoa que o praticou.

### **5.1.6 Usuário pagador**

Determina àquele que se apropriou de recursos ambientais o dever de recompensar a sociedade por essa apropriação.

### **5.1.7 Ubiquidade**

Princípio que evidencia a proteção do meio ambiente quando estabelece como requisito para qualquer criação, desenvolvimento ou empreendimento, a consulta ambiental prévia, para certificar a não-degradação do mesmo.

## **5.2 Legislação aplicável ao município**

A Constituição Nacional atualmente em vigor foi clara ao atribuir também ao município a competência para a proteção do meio ambiente e o combate à poluição nos limites de seu território.

No rastro desse Instituto vieram as constituições estaduais e as leis orgânicas municipais, verdadeiras constituições locais (MILARÉ, 2001, p. 98), que ampliaram o tratamento e a preocupação ecológica.

O detalhamento legislativo a seguir posicionará o município frente ao rol ambiental legal a que se dispõe para a prática e monitoramento de sua política.

### **5.2.1 Constituição Federal de 1988**

A Magna Carta confere ao poder público municipal a responsabilidade pelo desenvolvimento das políticas de desenvolvimento urbano e ambiental (arts. 182 e 225), zelando pelos bens de valores históricos e culturais, combatendo a poluição, protegendo e preservando o meio ambiente e melhorando as condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23).

No art. 30 amplia sua competência para resolver os assuntos de interesse local, podendo até suplementar leis federais e estaduais. Determina ainda que o município deve promover seu ordenamento territorial e proteger seu patrimônio histórico e cultural.

### **5.2.2 Qualidade do ar**

O Código Penal – CP estipula em seu art. 252 pena de reclusão e multa para quem expuser alguém a perigo de vida, usando gases tóxicos ou asfixiantes. A Lei de Contravenções Penais – LCP, art. 38, aplica-se a quem

emite gases de forma abusiva.

Normatizando as fontes industriais de poluição do ar, o Decreto-Lei nº 1.413, de 14.08.1975 (Controle da poluição do meio ambiente), no art. 4º, enumera medidas adequadas para as atividades industriais e estabelece o zoneamento urbano para as áreas de poluição industrial. A Lei nº 6.803, de 02.07.1980, compatibiliza as atividades industriais com a proteção ambiental, por meio de diretrizes básicas para o zoneamento industrial.

Já a política do meio ambiente (Lei nº 6.938/81), no art 2º, inclui o zoneamento de atividades potencial ou efetivamente poluidoras entre as ações de gestão do município.

O controle da poluição do ar por veículos automotores enquadra-se nos disposto nos arts. 104 e 131 da Lei nº 9.503, de 23.09.1997, (Código Brasileiro de Trânsito), Resolução nº 84, de 19.11.1998, do Conselho Nacional de Trânsito – CNT e Resolução nº 256, de 30.06.1999, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que regulamenta as atribuições de órgãos municipais para a inspeção de emissões de ruídos veiculares bem como para o licenciamento dos mesmos.

Em relação ao monitoramento da qualidade do ar as Resoluções nº 003, de 28.06.1990, e nº 008, de 06.12.1990, do CONAMA estabelecem os padrões para o controle de poluentes atmosféricos e dos limites máximos de emissão de poluentes no ar pelos processos de combustão externa em fontes fixas de poluição.

Há também a Lei nº 9.294, de 15.07.1996, alterada pela Medida Provisória nº 2.134, de 21.06.2001, que dispõe sobre a proibição de fumar em locais coletivos e fechados.

### **5.2.3 Água**

Mesmo competindo privativamente à União legislar sobre águas, tem o município papel fundamental na gestão dos recursos hídricos. A quantidade e qualidade dos riachos, ribeirões, lagoas e represas, como também a geração de efluentes domésticos e industriais, dizem respeito ao interesse local (MACHADO, 2000, p. 366).

Regulamentando o art. 21, XIX, da Carta Magna, a Lei nº 9.433, de 08.01.1997, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos que imputa ao município a responsabilidade para agir localmente sobre a água, o saneamento básico, uso e ocupação do solo e meio ambiente (art. 31).

No que diz respeito à poluição da água pelo lançamento de substâncias nocivas ou perigosas, a Lei nº 9.966, de 29.11.2000, dispõe sobre a prevenção, controle e fiscalização, deixando na competência do município (art 27, IV) a avaliação dos danos ambientais e a condução dos procedimentos judi-

ais cabíveis.

A Resolução nº 274, de 29.11.2000, do CONAMA estabelece os padrões de qualidade da água.

#### 5.2.4 Solo

O uso do solo como recurso natural ou espaço social deve ser permanentemente planejado e monitorado na esfera municipal.

A atual Constituição Federal outorga à administração pública municipal a criação de espaços especialmente protegidos e também a cobrança para a recuperação de áreas degradadas por aquele que explorar recursos minerais (art. 225, §§ 1º, III, e 2º).

No campo das atividades agrícolas e da degradação do solo, a Lei nº 7.802, de 11.07.1989, (Agrotóxicos) confere ao município o poder de legislar supletivamente sobre o uso e armazenamento dos agrotóxicos e a respectiva fiscalização (arts. 11 e 12). A política agrícola (Lei nº 8.171, de 17.01.1991) prevê a disciplina do uso racional do solo. Em relação ao uso do fogo, o Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15.09.1965) e o Decreto nº 2.661, de 08.07.1998, fazem as devidas restrições.

No que se refere à destinação e disposição dos resíduos, ainda há carência de um diploma que sistematize toda a matéria (MILARÉ, 2001, p. 160). Mas, a Portaria nº 53, de 01.03.1979 do Ministério do Interior proíbe a forma do tipo *lixão*. As Resoluções nº 006, de 15.06.1988, e nº 005, de 05.08.1993, do CONAMA definem formas de gestão e tipos de empreendimento que devem gerir seus resíduos. Proveniente desse mesmo órgão, a Resolução nº 273, de 29.11.2000, estabelece a necessidade de licenciamento ambiental para postos de abastecimento e revenda de combustíveis.

No âmbito do uso e ocupação do solo, veio regulamentar os arts. 182 e 183 da CF/88 a Lei nº 10.257/2001, Estatuto da Cidade, que visa à instituição de normas gerais de direito urbanístico para ordenar o espaço e o crescimento dos municípios de todo o país (A LEI ... 2002, p. 4-5).

Esse Instituto determina a criação do plano diretor para todos os municípios com população superior a 20.000 habitantes, com interesse turístico especial ou que estejam em áreas de influência de empreendimentos com grande impacto ambiental. Determina também a participação das comunidades na discussão e execução das normas. Prevê o Estudo de Impacto na Vizinhança – EIV, que avaliará como um determinado empreendimento existente, ou em obras, irá interferir no trânsito local, na poluição do ar e sonora, entre outros aspectos.

Outro ponto importante do Estatuto da Cidade e, conseqüentemente, inerente à responsabilidade municipal é a previsão da função social da propriedade, em que os terrenos e imóveis devem cumprir o coeficiente de aproveitamento estabelecido.

Outros institutos que conferem a responsabilidade ambiental da administração pública situam-se na esfera estadual e nas próprias leis orgânicas

municipais. São exemplos as Deliberações Normativas – DN do Conselho Estadual de Política Ambiental de Minas Gerais – COPAM, como a DN nº 52, de 14.02.2001, que estabelece mudanças nos *lixões*.

### **5.2.5 Fauna e flora**

O município tem ampla competência para legislar sobre as áreas verdes urbanas. No caso da legislação florestal sua competência é específica, desde que constatado o interesse local.

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65), no parágrafo único de seu art. 2º, estabelece que os planos e leis municipais de uso do solo devem estar consonantes com as normas da União e estados.

Compete também à administração municipal a fiscalização quanto ao determinado na legislação federal e estadual acerca das Áreas de Preservação Permanente – APP, Áreas de Preservação Ambiental – APA, Reserva Legal e Unidades de Conservação.

Os institutos que regem a fauna silvestre situam-se no plano de competência da União, cabendo ao município atuar dentro do seu interesse local, podendo até mesmo restringir uma norma permitida naquele plano. O Decreto-Lei nº 221, de 28.02.1967 dispõe sobre a pesca e a Lei nº 5.197, de 03.01.1967 estabelece normas de proteção à fauna (Códigos de Pesca e Caça).

Para o caso dos jardins zoológicos, considerados Unidades de Conservação (Resolução nº 011, de 03.12.1987, do CONAMA), a Lei nº 7.173, de 14.02.1983, estipula o respectivo regime de funcionamento, cuja fiscalização também é de alçada do poder municipal.

### **5.2.6 Patrimônio histórico e cultural**

A matéria é disciplinada com maior clareza na Constituição de 1988, arts. 23, III, IV e 24, VII, VIII). O principal instrumento legal no plano infraconstitucional é o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937, que dispõe normas de proteção, salientando o tombamento, instrumento legal de proteção. Em nível municipal, deve ser disposta legislação própria, de acordo com os interesses socioculturais locais.

### **5.2.7 Poluição sonora e visual**

Segundo Milaré (2001, p. 224), a poluição sonora “[...] é hoje um mal que atinge os habitantes das cidades, consistindo em ruído capaz de produzir incômodo ao bem-estar ou malefícios à saúde.” Provém dos mais diversos agentes causadores: bares, festas, aeroportos, trânsito, fábricas, entre outros.

As Resoluções nº 001 e 002, de 08.03.1990, nº 252, de 07.01.1999, e nº 272, de 14.09.2000, do CONAMA estabelecem critérios para a emissão de

ruídos como também os procedimentos e limites máximos para o controle e fiscalização da emissão de ruídos dos veículos. A Resolução nº 20, de 07.12.1994, institui o *Selo Ruído*, indicador do nível de potência sonora (de uso obrigatório nos eletrodomésticos).

A poluição visual é regida superficialmente pela Lei nº 6.938/81, art. 3º, III. Deve, portanto, ser motivo de detalhamento na política municipal. O ato de pichar, grafitar ou de qualquer modo estragar edificação ou monumento urbano é crime definido pela norma ambiental. Para esses casos o município deve ser mais restritivo em relação aos valores estabelecidos, impondo novas restrições para atender as particularidades locais (MILARÉ, 2001, p. 224).

### **5.2.8 Educação ambiental**

A Lei nº 9.795, de 27.04.1999 estabelece os princípios básicos da Política de Educação Ambiental, que deve ser executada no município por meio da definição de diretrizes, normas e critérios para a educação ambiental, na sua esfera de competência e nas áreas de sua jurisdição. A Agenda 21, fruto da ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, indica a participação da população nas discussões dos temas de interesse das comunidades locais.

### **5.2.9 Legislação sancionadora e reparatória**

O município dispõe de instrumentos legais para fazer exigências àqueles que se posicionam de forma contrária à sua política ambiental. No entanto, esses mesmos instrumentos podem ser aplicados em atos emanados da própria administração municipal quando não há seu enquadramento nas regras estabelecidas pelo arcabouço legal ambiental disponível ou quando incoerentes com a sua política ambiental. Ante a presença de um dano ambiental cabe a propositura de sua reparação nos termos da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública). Para os atentados contra o meio ambiente cabem as sanções condenatórias regidas pela Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais) ou as infrações administrativas reguladas pelo Decreto nº 3.179, de 21.09.1999.

Outro dispositivo disponível e aplicável ao poder público municipal é a Lei nº 8.429, de 02.06.1992, que trata sobre atos de improbidade administrativa. Em matéria ambiental, caberá sua aplicação quando, por ação ou omissão, houver ocorrência de lesões que ensejem o desvio ou a perda patrimonial (art. 9º) ou da prática de atos que atentem contra os princípios da administração pública e que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, entre outros (art. 10).

### **5.2.10 Legislação estadual e leis orgânicas municipais**

Inúmeras são as leis estaduais que complementam a legislação

ambiental federal, determinando também as competências ambientais municipais.

Em Minas Gerais, a legislação estadual é ampla, estabelecendo normas sobre a poluição sonora (Lei nº 7.302, de 21.07.1978), proteção do meio ambiente (Lei nº 7.772, de 08.09.1980), agrotóxicos (Lei nº 9.121, de 30.12.1985), preservação das florestas (Leis nº 10.561, de 27.12.1991, e nº 13.192, de 27.01.1999), política de recursos hídricos (Lei nº 11.504, de 20.06.1994), política de saneamento básico (Leis nº 11.720, de 28.12.1994, e 13.199, de 29.01.1999), política cultural (Lei nº 11.726, de 30.12.1994), uso e ocupação do solo agrícola (Lei nº 12.596, de 30.07.1997). Os órgãos ambientais estaduais também tratam a questão, usando de suas deliberações normativas. Ainda neste estado, o COPAM regulamenta a qualidade do ar (DN nº 01, de 26.05.1981), a disposição de resíduos sólidos (DN nº 07, de 29.09.1981), a qualidade da água e o lançamento de efluentes (DN nº 10, de 16.12.1986), as emissões de poluentes na atmosfera (DN nº 11, de 16.12.1986), o licenciamento ambiental para postos de abastecimento de combustíveis (DN nº 50, de 28.11.2001) e os procedimentos para um adequado sistema de disposição de lixo (DN nº 52, de 14.12.2001). A atuação do município nesses casos se dá dentro de seu limite de competência e conforme o disposto na DN nº 29, de 09.09.1998, que estabelece critérios de cooperação técnica e administrativa com os órgãos municipais de meio ambiente, na condução do processo de licenciamento e fiscalização das atividades causadoras de impactos ambientais locais.

Complementando o tratamento ambiental na esfera municipal, há as leis orgânicas municipais, fruto das discussões e participação das comunidades e demais setores sociais.

## **6 MUNICIPALIZAÇÃO DA POLÍTICA AMBIENTAL**

### **6.1 A Estrutura orgânica do município**

A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/81, constituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, que é o conjunto de órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as fundações instituídas pelo poder público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental (FIORILLO, 1999, p. 168).

Como órgão consultivo e deliberativo foi criado o CONAMA, encarregado de assessorar, estudar e propor diretrizes de políticas governamentais de meio ambiente, deliberando sobre normas e padrões condizentes com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e com a sadia qualidade de vida.

Entre os órgãos que compõem o SISNAMA está o município, reconhecido pela legislação federal como o responsável pela condução da política ambiental local, que deve estar voltada para a promoção da melhoria da qualidade de vida de seus habitantes por meio da utilização consciente dos recursos naturais e a redução de seus rejeitos e desperdícios (BRUSCHI, 1998, v. 1, p. 41).

Essa responsabilidade conferida ao ente municipal torna-se cada vez mais complexa e crescente. Logo, deve o município assumir o que lhe foi designado, estruturando-se de forma a implantar um sistema de gestão ambiental local. Para isso, deve se transformar no principal agente fomentador do meio ambiente na sua área de competência, sendo percebido como a melhor e maior referência para tratar o tema.

Assim, a prefeitura municipal tem como incumbência formar uma equipe técnica altamente capacitada e qualificada de forma permanente, que dê a sustentação teórica e prática necessária às ações ambientais conduzidas pelo município. Atenção também deve ser dispensada à criação de um sistema de informações que permita a administração municipal estar continuamente atualizada e preparada para analisar as questões ambientais locais, estaduais, federais e mundiais.

Para a operacionalização de sua política, o órgão federativo local deve criar uma base institucional formada por órgãos normativos, deliberativos e executivos, dispondo de instrumentos específicos que complementarão a estrutura do sistema de gestão.

Os órgãos executivos, secretarias, divisões ou setores municipais de meio ambiente devem promover o tratamento de temas ambientais e a preparação dos processos a serem deliberados no âmbito de um colegiado permanente.

Como órgão colegiado, deliberativo, consultivo e de assessoria do executivo municipal estará o Conselho Municipal de Desenvolvimento Ambiental, que envolve a participação do governo local, sociedade civil e representantes de setores empresariais e políticos que tenham interesse na matéria (BRUSCHI, 1998, v. 1, p. 42).

Por fim, como meios legais, administrativos e educacionais para a implementação da política ambiental local, há os instrumentos de gestão.

## **6.2 Instrumentos da gestão ambiental local**

Para a implantação da política ambiental por meio do sistema de gestão local, o gestor municipal dispõe de instrumentos preventivos, pró-ativos ou de correção e reparação dos danos. Estes instrumentos são estabelecidos de forma padronizada e sistêmica, como aqueles definidos pela Política Nacional

do Meio Ambiente ou, de forma específica, instituídos pelos Conselhos Estaduais e/ou Municipais (BRUSCHI, 1998, v. 1, p. 47).

No ensinar de Machado (2000, p. 366) são instrumentos básicos da Política Nacional do Meio Ambiente o Licenciamento Ambiental, o Zoneamento Ambiental, a Avaliação de Impactos Ambientais – AIA, a Auditoria Ambiental e, recentemente, com o advento do Estatuto da Cidade, o Estudo de Impacto da Vizinhança – EIV.

Como instrumentos específicos, o município tem em mãos a Lei Orgânica local, o Plano Diretor, a Lei de Parcelamento, a Lei de Uso e Ocupação do Solo, entre outros.

## **7 A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO E SUAS RESPONSABILIDADES**

Como já descrito, o município é o principal agente fomentador da política ambiental local, devendo ser visto e tratado como um paradigma ambiental. A sua participação no sistema de gestão ambiental exige o fortalecimento do governo local, tornando-se em verdadeira instância de decisão e planejamento, estando capacitado para desenvolver políticas próprias e adotar procedimentos ambientalmente corretos. Deve, portanto, proceder a um ajuste generalizado em toda sua estrutura (administrativa, tributária, relações institucionais etc.) (BRUSCHI, 1998, v. 1, p. 34). É seu papel constituir um fórum permanente de discussões das questões ambientais locais, envolvendo todos os setores interessados, no intuito de buscar a todo custo o desenvolvimento sustentável do município, usando para tanto audiências públicas, plebiscitos e iniciativas populares para projetos de lei.

Nesse sentido, planos diretores e uma legislação urbanística abrangentes e completos possibilitam a estruturação da cidade devidamente moldada ao exigível para sua conservação e desenvolvimento. A integração municipal, ação conjunta entre municípios, configura-se também como uma boa prática municipal, principalmente quando houver interesses comuns, para buscar o gerenciamento integrado dos mesmos.

Nesse amplo contexto, para que a atuação do município seja global, sistêmica e condizente com o que a ele foi imposto, a sua responsabilidade ambiental, em todas suas formas, dilui-se em três vertentes.

### **7.1 Implementação da política ambiental**

É dever do município garantir a implementação efetiva de ações que estejam fielmente voltadas à proteção de todo o meio ambiente e as suas relações com a sociedade local.

Enaltecendo essa opinião (que deve ser aplicada em nível municipal), Milaré (2001, p. 280) salienta que:

O meio ambiente tomado em sua plenitude, como bem essencialmente difuso, como expressão de fragilidade da Terra e como instituição viva de caráter transcendente a interesses particulares e localizados, necessita de uma tutela do Estado, pois é referencial de direitos e deveres, se não dos seres irracionais, ao menos dos seres racionais em relação ao seu entorno e aos seres que o povoam.

E ainda conclui Milaré (2001, p. 282) que:

A tutela administrativa do ambiente, partindo de um *sistema jurídico* e de um corpo de instrumentos legais, conduzirá a ação do Poder Público para um *sistema de gestão ambiental*, no contexto do que estabelece o art. 225 da Constituição Federal, complementado pelos dispositivos das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios.

Percebe-se então ser essa a vertente na qual a responsabilidade ambiental municipal situa-se no plano institucional organizador. No dizer de Machado (2000, p. 377), é imputado ao município "[...] inventariar seus recursos naturais e diagnosticar a vocação de seu território para poder, adequadamente, efetuar seu planejamento e zoneamento ambientais, incluindo-os no plano diretor." Mas a eficiência com que isso tem sido feito tem ficado aquém das expectativas. Nesse sentido posiciona Carneiro (2001, p. 143):

[...] a implementação da política ambiental no País é ainda marcada pela precariedade na efetiva definição das responsabilidades e atribuições dos órgãos de meio ambiente integrantes dos três níveis de governo, permitindo, em muitos casos, um total desalinhamento de suas metas e funções, e favorecendo reflexamente as atividades degradadoras da qualidade ambiental, que se beneficiam das muitas contradições, atritos institucionais e omissão da Administração Pública brasileira.

## 7.2 Monitoramento das atividades privadas

Ao município cabe também exigir dos empreendedores privados e de seus cidadãos a sintonia perfeita das ações por eles praticadas com a Política Municipal de Meio Ambiente, sujeitando-se às determinações dos órgãos per-

tinentes ao Sistema Municipal de Meio Ambiente – SISMUMA. É aqui que o administrador municipal vai dispor dos tópicos da gestão ambiental local e buscar no arcabouço jurídico disponível a consistência necessária para, por meio do uso e aplicação dos instrumentos de gestão ambiental, fiscalizar, determinar, proibir e sancionar a iniciativa privada e o cidadão comum, com a adoção de medidas preventivas, corretivas, inspectivas, substitutivas e supletivas, direcionando o desenvolvimento urbano em consonância com as diretrizes ambientais estabelecidas.

Milaré (2001, p. 284) assim trata desta vertente:

[...] a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, [...] ao estruturar o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente – [...] nele integrou também os órgãos e entidades municipais, atribuindo-lhes a responsabilidade pelo controle e fiscalização, na esfera local, das atividades capazes de provocar degradação ambiental. [...]

A atuação do poder público municipal nessas duas vertentes tem como carro-chefe o poder de polícia a ele conferido. O controle repressivo da administração é a expressão do poder de polícia que se manifesta inicialmente, regulando a matéria ambiental e, posteriormente, impondo sanções ao seu descumprimento (LYRA, 1997, p. 70). É esse poder de polícia que protege fundamental e precipuamente o meio ambiente (MUKAI, 2002, p. 42). O tratamento aqui dado refere-se à forma administrativa da responsabilidade que Silva<sup>6</sup> assim conceitua: “[...] a responsabilidade administrativa resulta de infração a normas administrativas sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza também administrativa: advertência, multa, interdição de atividades, suspensão de benefícios etc.” Mukai (2002, p. 42) define esse poder como sendo uma faculdade inerente ao Estado, no caso, ao município, sendo que “[...] essa faculdade constitui-se no atributo de que é dotado o Estado de limitar, restringir, o uso da propriedade, das liberdades e atividades dos particulares individualmente considerados, em benefício da coletividade.” Para Antunes (1999, p. 89) é “[...] a faculdade que o Estado possui de intervir na vida social, com a finalidade de coibir determinados comportamentos que sejam julgados nocivos para a vida em comunidade”, e deve ser exercido para impor freios à liberdade individual, para assegurar a paz pública e o bem-estar social.

Considerando maiores detalhes, define Machado (2000, p. 303):

[...] é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autori-

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da (apud LYRA, 1997, p. 70).

zação/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer da poluição ou agressão à natureza.

Apesar das definições acima referirem-se ao Estado, é o poder de polícia também uma prerrogativa administrativa do poder público municipal, particularmente do executivo, exercido geralmente nas ações fiscalizadoras. Nesse sentido, afirma Lyra (1997, p. 71):

Em razão da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município para 'proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas' (art. 23, VI, da CF) e para 'preservar as florestas, a fauna e a flora' (art. 23, VII, da CF), há possibilidade do exercício do poder de polícia ambiental para todos os entes da Federação.

Associado a esse poder, deve o município usar os meios tutelares de proteção ao meio ambiente, seja no campo cível ou penal, para exigir também a reparação do dano e a repressão respectiva pela sua causa. Esses meios estão conectados ao tipo e valoração do dano ambiental e diretamente relacionados com as Leis nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) e nº 9.605/98 (Crimes Ambientais). Nesse caso, emergem as duas outras formas de responsabilidade: a civil e a criminal. A responsabilidade criminal é aquela decorrente da violação das normas penais, sujeitando os infratores às diversas penas aplicáveis (prisão simples, detenção, reclusão, restritiva de direitos) (LYRA, p. 75). A responsabilidade civil é a obrigação que tem uma pessoa de reparar o prejuízo (dano) causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam, de acordo com Savatier.<sup>7</sup> Na esfera ambiental esta forma de responsabilidade compreende também o interesse público, já que trata da lesão de um bem geral, pertencente a toda coletividade.

Para a reparação do dano ambiental cabe a propositura da ação civil pública, fundamentada na teoria da responsabilidade objetiva da culpa. Dependendo da sua extensão, alcançando tais agressões valores intoleráveis, é chamada à intervenção a tutela penal ambiental, através da ação penal pública, que determinará a condenação e as respectivas penas cabíveis. Podem ser responsabilizadas, em ambos os casos, as pessoas físicas, jurídicas e os entes estatais, inclusive a Administração municipal.

### **7.3 Enquadramento ambiental do município com agente empreendedor**

Outras vezes, o ente municipal é o próprio empreendedor em espécie, sendo o principal agente causador de danos ambientais. Isto geralmente acontece quando ele atua como realizador de suas metas sociais, construindo prédios, abrindo ruas e avenidas, desenvolvendo loteamentos, promovendo festivi-

<sup>7</sup> SAVATIER, René (apud LYRA, 1997, p. 74).

dades, exposições, entre outras. Nesta vertente, compõem também o rol de responsabilidades do município suas omissões quanto à aplicação do exigido nas duas vertentes anteriormente descritas, ou seja, o enquadramento à política ambiental. São inúmeros os casos que se enquadram nesta vertente e que comumente são vistos e desconsiderados nos municípios brasileiros. Citando alguns: a ilha de Morro de São Paulo, no município de Cairu-BA, tida como uma Área de Preservação Ambiental, em seu processo de desenvolvimento turístico, mantém mais de 80 tratores do tipo agrícola circulando em suas praias, degradando o ambiente com a erosão da areia, poluição sonora e contaminação das águas; o município de Olinda-PE, patrimônio histórico e cultural nacional, que durante as festividades de carnaval (tradição histórica) não dá tratamento adequado à geração e destinação dos resíduos, permitindo, em caso de chuva, contaminação das águas marítimas; o município de Belo Horizonte-MG, com a ocupação irregular pelos *sem-teto* de espaços situados à beira de rodovias sem o adequado saneamento básico e parcelamento do solo, ocasionando grandes transtornos à população.

Apesar de restrito tratamento na doutrina nacional para essa vertente da responsabilidade, certo é que nesse plano o município equipara-se ao cidadão, podendo e devendo ser cobrado pelas mesmas exigências advindas da política ambiental em vigor. É, justamente por ser considerado o *paradigma ambiental* no âmbito local, que maior ênfase deve ser conferida a essa cobrança. À luz dessa definição exalta Milaré (2001, p. 281) que “[...] o Estado, como entidade tutelar, pode ele próprio ser responsabilizado por ações e omissões lesivas ao meio ambiente enquanto patrimônio da comunidade.”

No mesmo diapasão, afirma Matos (2001, p. 119) que “[...] o Município é autônomo, independente, tem competências constitucionais; não pode mais admitir evasivas dos Alcaldes para justificar a falta de uma política ambientalista.” E complementa: “[...] mas, na verdade, muitas vezes, as omissões dos Municípios são causadoras dos graves problemas que ocorrem na sua base territorial.”

Grande parte dessa cobrança ao município ficará a cargo da sociedade civil que dispõe de praticamente todos os instrumentos conferidos à Administração municipal para exigir coercitivamente a adequação desse ente. A outra parte caberá ao próprio poder de polícia municipal, que deve estar preparado para reconhecer e corrigir suas próprias falhas. Estando o município aqui enquadrado, estará exposto também a todos os meios tutelares de reparação do dano ambiental e respectiva repressão. A riqueza de informações que trata dessa vertente aparece na jurisprudência, em vários julgados, conforme se pode

observar:

#### DANOS À FAUNA SILVESTRE.

Indenização a título de responsabilidade civil, em razão de dano causado ao meio ambiente, pelo extermínio de aves silvestres de pequeno porte, utilizadas em festa promovida pelo município de Embu-SP. Apelação Cível 70.393-I da Comarca de Itapeverica da Serra. 26/06/86. Acórdão: "A ocorrência do dano ecológico está perfeitamente comprovada na hipótese [...], cabendo a indenização no valor de CR \$ 25.000.000, atualizados monetariamente [...]" (MILARÉ, 2001, p. 561).

PARQUE MUNICIPAL. PRESERVAÇÃO DE ÁREA VERDE. Construção de ciclovia em desrespeito ao tombamento e às regras de preservação do parque. Ação Civil Pública. Réu: Fazenda Pública do Município de São Paulo. Autos 736/94. Sentença de 27/03/1995: "[...] julgo procedente o pedido para condenar o réu a, dentro do prazo de noventa dias, retirar a camada asfáltica da pista de ciclovia construída dentro do parque e [...] somente realizar novas obras após a apresentação e aprovação de projeto definitivo para o caso [...]" (MILARÉ, 2001, p. 594).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AO MEIO AMBIENTE CAUSADOS PELO ESTADO – SUJEIÇÃO ÀS MESMAS RESPONSABILIDADES DOS PARTICULARES. Ementa: Processo Civil. Ação Civil Pública. Danos ao meio ambiente causados pelo Estado – o Estado edifica obra pública – no caso, um presídio – sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a Ação Civil Pública é, sim, a via própria para obrigá-lo às construções necessárias à eliminação dos danos; sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares. Recurso especial conhecido e provido. STJ – 2ª T – REsp. 88.776 – j. 19.05.1997 – rel. Min. Ari Pargendler. (REVISITA... 1997, n. 6, p. 142).

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – LIXO – DESTINAÇÃO FINAL –**  
Ação procedente para compelir a Municipalidade a promover a incineração dos resíduos sólidos hospitalares e providenciar a destinação do lixo domiciliar em aterro sanitário. Juizado de Direito – Araçatuba. Proc. 583/91. Ação Civil Pública. Autor: MP do Estado de São Paulo. Ré: Municipalidade de Araçatuba. (REVISTA ...1997, n. 6, p. 180).

Por fim, pode o município também ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, uma vez que é seu dever proceder a correta fiscalização impedindo a ocorrência desses danos.

Assim aponta Mukai (2002, p. 67):

[...] dado que as atividades que possam causar danos ao meio ambiente estão, todas, sujeitas à fiscalização, vigilância e controle do Poder Público, é a do empenhamento da responsabilidade solidária da Administração com o agente poluidor ou depredador do meio ambiente, em caso de danos a este.

Assim, analisando a responsabilidade ambiental das Prefeituras Municipais conclui-se que ela se situa sob três óticas. Em cada uma dessas vertentes, atribuem-se às prefeituras uma ou mais formas de responsabilidade (administrativa, civil ou criminal), dependendo do tipo do lapso causado. A reação imediata a essa imputação é a utilização dos meios tutelares disponíveis, visando buscar a grande meta ambiental do município: um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que sobreviva ao longo dos tempos.

## **8 CONCLUSÃO**

Apesar das questões ambientais receberem uma abordagem com bastante ênfase nas últimas décadas, sendo elevadas ao ápice das atenções, certo é que o meio ambiente sempre obedeceu às leis naturais, o que o faz anteceder em muito às sociedades organizadas bem como prosperar além das civilizações atuais.

Mas a degradação ambiental nunca significou tanto para a humanidade como ocorreu no final do último século. A urbanização decorrente das revoluções industriais e tecnológicas sucessivas trouxe os grandes problemas urbanos, como os impactos ambientais e a queda brusca da qualidade de vida, che-

gando a atingir casos de miséria absoluta. O rastro de destruição deixado é assustador. A velocidade com que se destrói é exponencialmente superior à velocidade com que se constrói ou repara. Há um descompasso na balança sociocultural do mundo. Nesse cenário desanimador, há indicativos de resistência e que podem ser convertidos em sementes de esperança e sobrevivência.

O tratamento dado pelos estados modernos aos assuntos ambientais evoluiu muito, resultando em um conjunto de leis que conseguiu delimitar o problema. Soma-se a isso a crescente conscientização das pessoas no sentido de compreender o meio ambiente como um bem indispensável ao ser humano. O resultado é uma mudança efetiva de comportamento da sociedade, cujo efeito é uma maior mobilização social que tende a compensar as deficiências de gestão deixadas pelo poder público. Essa mobilização social se inicia nas menores esferas de convívio possíveis, expandindo para as comunidades locais e demais agrupamentos sociais. Daí decorre a importância do município na defesa do meio ambiente e na ordenação do solo urbano, já que a ele é conferida autonomia para dirimir os problemas de interesse local, garantindo o direito à qualidade de vida na cidade e a um ambiente sadio.

Logo, deve o ente federado municipal assumir o que lhe é imputado. O seu dever é árduo e desafiador, porém imprescindível à continuidade dos sistemas ecológicos e à recuperação da dignidade da pessoa humana, casos tão bem tratados na Carta Magna e tão desconsiderados na prática.

No seu rol de responsabilidades, além das ações razoavelmente praticadas atualmente nas vertentes da implantação de um sistema de gestão ambiental e no policiamento do empreendedor privado e do cidadão comum, é fundamental que as Prefeituras Municipais entendam e pratiquem ações conforme a terceira vertente, na qual o ente age como empreendedor e, na mais singela das formas, equipara-se ao cidadão. É aqui, principalmente, que o Poder Público municipal deve ser o paradigma ambiental para seus administrados. Meios para tudo isso ele tem ao seu alcance: os tópicos da gestão ambiental bem definidos, um arcabouço legal bem estruturado e desenvolvido e instrumentos de gestão e de tutela abrangentes e devidamente fundamentados. Restam então a vontade, a persistência e a disseminação de uma cultura de rompimento de padrões que lhe irá conferir uma enorme capacidade para mudanças.

Numa época em que tudo se transforma em fração de segundos, capacidade para mudanças passa a ser uma característica fundamental de qualquer ente público ou privado. Certamente, sobressairão aqueles que mostrarem notável capacidade de vencer as dificuldades encontradas. Por isso, deve a administração municipal ser a melhor do melhor das administrações públicas. Só assim é que ela vai conseguir administrar eficientemente um direito difuso, de valores históricos, culturais e simbólicos intangíveis, como é o caso do meio

ambiente.

Enfim, o município precisa assumir seu verdadeiro papel de defesa dos interesses locais ao mesmo tempo em que a sociedade civil deve se organizar, protestando e denunciando a omissão municipal não só nas questões ambientais como também na saúde, educação, fiscalização, entre outras. Este certamente é o caminho mais curto para deixar um meio ambiente ecologicamente equilibrado e um ser humano mais feliz para as gerações vigentes e vindouras.

### Referências Bibliográficas

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. *Gestão ambiental: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento ambiental*. 2. ed. ampl. e rev. São Paulo: Makron Books, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ART, Henry W. (Ed.) *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

BRUSCHI, Denise Marília et al. *Manual de saneamento básico e proteção ambiental para os municípios: município e meio ambiente*. 2. ed. Belo Horizonte: FEAM, 1998. v. 1.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CONSTANTINO, Ernani Carlos. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Atlas, 2001.

DE ESTOCOLMO a Joanesburgo, 30 anos de políticas ambientais. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 25 ago. 2002. p. A 19.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESTADO DE MINAS. Belo Horizonte, dez. 2001/out. 2002. *EM Ecologia*, n. 4-15.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max

Limonad, 1999.

FRANCO, Roberto Messias. Principais problemas ambientais municipais e perspectivas de solução. In: PHILLIP JÚNIOR, Arlindo (Org.). *Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil*. São Paulo: ANNAMA, 1999.

FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE. Normas ambientais: sumário das normas: leis, decretos, deliberações e resoluções federais e estaduais. Disponível em: <<http://www.feam.br>>. Acesso em: 4 nov. 2002.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GUERRA, Isabella Franco. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. *Modelo nacional de gestão dos recursos hídricos: a posição do setor mineral, na visão do IBRAM*. Brasília: IBRAM, 2002.

JORNAL DA FEAM. Belo Horizonte, n. 1-6, 2001.

A LEI que pode mudar a cara das cidades. *RT Informa*, São Paulo, n. 17, jan./fev. 2002. p.4-5.

LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 49-83, out/dez. 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Ivon Borges. Dia mundial da água. *Jornal da FEAM*, Belo Horizonte, n. 4, mar. 2002. p. 2.

MATOS, Eduardo Lima de. *Autonomia municipal e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MEDAUAR, Odete (Org.). *Coletânea de legislação ambiental e Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Instrumentos legais e econômicos aplicáveis aos municípios. Sistema municipal de meio ambiente. In: PHILLIP JÚNIOR, Arlindo (Org.). *Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização da gestão ambiental no Brasil*. São Paulo: ANNAMA, 1999.

MOREIRA, Maria Suely. *Estratégia e implantação do sistema de gestão ambiental*. Belo Horizonte: Ed. DG, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

NOVA Enciclopédia Ilustrada Folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PHILIPP JÚNIOR, Arlindo et al. (Org.) *Municípios e meio ambiente: perspectivas para a municipalização ambiental no Brasil*. São Paulo: ANAMMA, 1999.

REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, abr./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 3, jul./set. 1996.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 4, out./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, abr./jun. 1997.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 8, out./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 10, abr./jun. 1998.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PAULA, João Antônio de (Coord.). *Biodiversidade, população e economia*. Belo Horizonte: UFMG. CEDEPLAR, 1997.

TORNEIRAS secas. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 5 jun. 2002. EM *Ecologia*, n. 10, p. 14.

# **A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**JÚLIO CÉSAR LUCIANO**

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** Introdução – 1 Identificação e delimitação do tema – 1.1 A Constituição e o Estado democrático – 1.2 Os direitos fundamentais no Estado democrático – 1.2.1 A evolução do direito dos menores – 1.2.2 O direito à vida e à integridade física dos menores – 1.3 A interpretação da norma constitucional que garante o privilégio dos menores 1.4 O Ministério Público e a garantia dos direitos fundamentais – 2 Os aspectos da responsabilidade civil do Estado – 2.1 A responsabilidade civil do Estado – 2.2 A responsabilidade em face de danos na ação da administração pública – 2.3 A responsabilidade por danos em face da omissão da administração pública – 2.3.1 Omissão na garantia do direito à vida e a integridade física – 2.3.2 O dano indenizável e a responsabilidade civil do Estado em face da omissão – 2.3.3 A responsabilidade civil do Estado em face dos danos ocorridos em estabelecimentos de internação de menores – 2.4 A responsabilidade em face da omissão legislativa e os instrumentos de controle – 2.4.1 A ação de inconstitucionalidade por omissão – 2.4.2 O mandado de injunção – 2.5 A responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação jurisdicional – 2.5.1 A inércia do lesado e a responsabilidade civil estatal na prestação jurisdicional – 3 Conclusão

## **INTRODUÇÃO**

No presente trabalho, trataremos da questão da responsabilidade civil do Estado pela omissão na garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, restringindo-nos ao direito à vida e integridade física.

Como é notório, face ao desenvolvimento da sociedade, por conseguinte das áreas de interesse do homem, a possibilidade de ocorrência de conflitos sociais tem-se multiplicado, bem como as funções Estatais, com vistas a garantir a harmonia social, respeito e dignidade da pessoa humana.

Nesse panorama, os direitos fundamentais que inicialmente foram pensados como instrumentos de defesa do cidadão em face dos poderes Estatais, atualmente, exercem destacado papel de instrumentos de realização do ser humano, com inquestionável alargamento e densificação das liberdades,

valorização da dignidade humana.

Atualmente os direitos fundamentais dão garantias ao indivíduo, até mesmo contra ele próprio, impedindo a legitimidade de atos como a alienação de órgãos ou a submissão, mediante pagamento a pesquisas científicas, que ponham em risco a saúde da cobaia.

Nesse panorama de valorização da dignidade humana, ganha relevo a questão do menor, cuja fragilidade natural resultante do seu pouco desenvolvimento intelectual e volitivo, expõe-no a toda a sorte de abusos, inclusive no seio da sua própria família. A ele deve ser garantida a integridade física e moral, devem ser disponibilizados todos os elementos necessários ao desenvolvimento da personalidade, eliminando ou, ao menos, reduzindo os efeitos nocivos das desigualdades econômicas quanto ao desenvolvimento cultural e social, de forma a contribuir para a igualdade de oportunidades.

A Constituição Federal brasileira de 1988 – CF/88, no seu art. 5º, seguindo a mesma linha da Constituição da República Portuguesa de 1976 – CRP/76, arrola uma longa lista de direitos fundamentais, muitos dos quais são titulares a criança e o adolescente.

Como consequência, é inevitável a multiplicidade quase infindável de circunstâncias em que o Estado é chamado a intervir em favor do menor, o que inviabiliza qualquer pretensão de tratar, pontualmente, de todas as situações em que o Estado fosse omissor a essa obrigação, deixando de atuar quando e como deveria, resultando assim em prejuízo ao menor.

Dessa forma, demarcamos como objeto da presente investigação os direitos à vida e à integridade física, por serem os mais elementares ao desenvolvimento do infante, cuja garantia também conta com inúmeras variantes, derivadas das mais diversas situações de fato, indo desde a garantia de uma gestação saudável e um parto seguro até a guarda e recuperação de menores infratores.

No presente trabalho, procuraremos estudar a dimensão dos direitos fundamentais nos Estados democráticos, a evolução do direito dos menores e o dever do Estado para com eles, os aspectos da responsabilidade do Estado em face da omissão, com vistas nas funções administrativa, legislativa e judicial, buscando fórmulas genéricas a serem aplicadas aos casos específicos, a fim de auferir se o Estado deixou de observar um dever, de forma a impor-lhe a responsabilidade de indenizar.

Para tanto, valer-nos-emos dos instrumentos legislativos internos da nação brasileira, os quais definem os direitos dos menores, notadamente, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), bem como dos instrumentos legislativos internacionais, destacadamente, os tratados e convenções subscritos pelo Brasil, com breves estudos de direito comparado com a legislação portuguesa,

tratados e convenções subscritos por Portugal.

## 1 IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

### 1.1 A Constituição e o Estado democrático

Em se tratando de um estudo acerca da responsabilidade civil do Estado pela omissão na garantia dos direitos fundamentais, é importante que se inicie por uma análise, mesmo que sucinta, do sentido da Constituição como lei fundamental da nação, a qual institucionaliza o poder político interno dos Estados e garante sua permanência, para além dos detentores do poder.

Conforme bem leciona Miranda (2000), as Cartas Constitucionais podem ser vistas sob as perspectivas material e formal, as quais são interdependentes e de grande relevância à nossa investigação.

Sob a perspectiva material, a Constituição representa um regulamento originário de auto-regulamentação e auto-ordenação jurídica e política do Estado, por meio do qual expressa a sua soberania de ditar a própria ordem interna. A Carta Constitucional de uma nação representa assim o âmago dos princípios por ela adotados, conforme os valores, opções políticas, idéia de Direito e de Justiça que predominam em referida sociedade, representando as grandes opções tomadas pelo Estado ao longo da sua história (MIRANDA, 2000, t. 2, p. 10-11).

Já sob a perspectiva formal, a Constituição representa um conjunto de normas dotadas de superioridade hierárquica, frente ao ordenamento interno da nação.

É por meio do poder constituinte formal que o Estado atribui tal força jurídica à norma constitucional, elevando-a ao mais alto patamar do ordenamento legal interno.

As normas formalmente constitucionais, dotadas de tal supremacia em face da faculdade do Estado em atribuir-lhe tal força, podem ser ou não obras diretas, originárias do próprio poder constituinte do Estado.

Elas podem ser anteriores ou posteriores ao próprio poder constituinte incumbido de redigir a Constituição, bem como provenientes de outro ordenamento jurídico, mas que também recebem a mesma força de normas constitucionais originárias por determinação do poder constituinte formal.

À referida distinção, Miranda (2000, t. 2, p. 11-12) caracteriza como “Constituição formal *nuclear* ou Constituição *complementar*”.

A catalogação das normas constitucionais num documento escrito

corresponde à Constituição instrumental, que visa garantir a sua certeza e observância.

## 1.2 Os direitos fundamentais no Estado democrático

Essa breve reflexão autoriza a conclusão de que os direitos fundamentais, assim reconhecidos e declarados pela Carta Constitucional, mesmo que não sejam originários do poder constituinte formal do Estado, mas por serem recebidos pelo texto constitucional, passam a participar da Constituição material, gozando das mesmas garantias da proteção constitucional conferida às normas originárias do poder constituinte, nomeadamente, da inconstitucionalidade da lei que os viole ou restrinja, bem como da necessidade de revisão constitucional para ser restringido ou eliminado.

Tal conclusão alicerça o inevitável raciocínio de que todo o direito fundamental, em sentido formal, também é direito fundamental, em sentido material.

Durante o período medieval, começaram a surgir documentos nos quais os monarcas, que até então detinham um poder quase ilimitado, reconheciam certos limites a esse poder, em favor da Igreja e dos senhores feudais.

O mais significativo desses documentos foi a Carta Magna, um pacto firmado entre o monarca inglês João Sem Terra e os bispos barões ingleses, em 1215, que dispunha, no seu art. 39, que nenhum homem livre seria detido ou destituído dos seus bens sem um prévio juízo, lançando assim as bases do instituto de *habeas corpus* e o direito de petição (PEREZ LUÑO, 1998, p. 34-35).

A influência inglesa das cartas de declarações de direitos trouxe frutos ao processo de positivação do direito da sua ex-colônia americana, o que resultou na origem da distinção entre os direitos fundamentais, em sentido formal e material, que tem sua origem no constitucionalismo dos Estados Unidos, com o aditamento nº IX à Constituição América, onde se inscreveu que: “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelos povos.” (MIRANDA, 2000, t. 2, p. 11-12).

Normas similares foram sufragadas em diversas Cartas Constitucionais de países democráticos, notadamente, constam na CF/88 (art. 5º, § 2º) e de na CRP/76 (art. 16º, nº 1.),<sup>1</sup> as quais resultam na inevitável conclusão de

---

<sup>1</sup> “Art. 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição, não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

que pode haver normas internas ou internacionais, que por meio da Constituição formal incorporam-se na Constituição material, recebendo assim as mesmas garantias dispensadas ao preceito constitucional originário.

Nesse contexto, é inevitável a ampliação dos direitos fundamentais, donde os chamados direitos humanos, consagrados em textos de proteção internacional, passam a ter singular importância, pois são recebidos pela cláusula constitucional aberta que lhes confere proteção constitucional e superioridade hierárquica, em face do ordenamento jurídico infra-constitucional da respectiva nação.

Quanto aos direitos humanos, a despeito de já transcorridos mais de cinquenta anos da proclamação da sua declaração universal pela Organização das Nações Unidas – ONU, a sua determinação e noção ainda se encontram em franco desenvolvimento, como consequência da evolução da sociedade e dos seus conflitos, da ciência e tecnologia, das áreas de interesses do homem.<sup>2</sup>

Nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos, os direitos humanos inserem-se em duas disciplinas jurídicas, no Direito Internacional e no Direito Constitucional, sendo que da sua identificação resultam consequências de vulto, pois, este critério proporcionou um salto do Direito Internacional de proteção aos direitos humanos, para o Direito Constitucional das nações democráticas, com todas as consequências daí resultantes.

Vivemos assim a chamada *era dos direitos fundamentais*, que marca o Estado constitucional moderno, o que exige uma séria identificação e delimitação dos legítimos direitos fundamentais, como sendo aqueles verdadeiramente inerentes à pessoa humana, os quais gozam de “fundamentabilidade natural, enquanto expressão do indivíduo como pessoa física e como membro da sociedade.” (OTERO, 2001, p. 154).

<sup>2</sup> A respeito dessa inflação do conceito de *direitos humanos*, bem adverte a doutrina espanhola que o intuito de reforçar a garantia do respeito e satisfação dos interesses pessoais, tem levado a uma elasticidade do conceito, com o risco de este ser banalizado, perdendo assim sua significação. Tal circunstância é resultado da singular importância moral que confere aos *direitos humanos* um especial relevo e exigibilidade, chegando mesmo a ser reconhecido internamente pelas nações democráticas como direito fundamental. De tal maneira, como forma de se certificarem que seus desejos sejam respeitados, seus interesses protegidos e suas necessidades satisfeitas, tem-se tentado qualificar esses desejos, interesses ou necessidades com o matiz de *direitos humanos*, garantindo seu respeito. Mas esse ingênuo meio meramente semântico de tentar a garantia da realização do interesse tem conduzido a uma inflação do conceito de *direitos humanos*, entre os quais se incluem os direitos naturais, tal como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade, os quais já gozam de natural fundamentabilidade, exigindo apenas que o Estado não labore contra os mesmos. Junto a eles estão os direitos sociais mais evidentes (tais como o direito à moradia), que exigem do Estado uma atuação positiva. Finalmente, os chamados novos direitos de terceira e quarta gerações, entre os quais *florescem* pretensões de todo tipo (que, por vezes, resultam em inflação dos considerados direitos humanos, com o risco da banalização do conceito), nomeadamente em razão de situações especiais como o direito das crianças e velhos em atenção à idade, direito dos incapacitados em atenção a suas deficiências físicas. Como direitos coletivos se referem os direitos dos povos, raças e etnias, direito das próximas gerações, direitos dos animais e direitos da natureza (HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, 2001, p. 17-45).

Mesmo frente a essa advertência, é inquestionável, categórica e unânime, a conclusão de que os direitos à vida e à integridade física, objeto da presente investigação, são componentes do direito da personalidade, inerentes à pessoa humana como expressão do indivíduo, pelo simples fato de nascer e viver, daí porque tem extrema relevância constitucional, sendo protegida a título geral e especial pelas Cartas Magnas do Brasil e de Portugal.

A título geral, essa proteção dá-se pela norma constitucional que garante o direito à dignidade da pessoa humana, portanto, a tudo o quanto ela representa (art. 1.º da CRP/76 e da CF/88), nomeadamente o direito à vida, à integridade física, à liberdade e à honra.

A título especial, a proteção ao direito à vida e à integridade física (que deveria ser definida como direito à manutenção da vida e da integridade física, mas que por tradição semântica ficou designado como direito à vida e à integridade física), está estabelecida nos arts. 24.º, n.º 1., e 33.º, n.º 6., da e CRP/76<sup>3</sup> no art. 5.º, *caput*, da CF/88.

### 1.2.1 A evolução dos direitos dos menores

Na história do desenvolvimento do homem, até o séc. XVI, não se entendia a infância como ela é compreendida hoje, pois até então a infância representava um período de total dependência física ao adulto, após o qual, que era breve, imediatamente se ingressava no mundo dos adultos, mesmo aqueles que hoje consideramos claramente como crianças.

A questão da proteção dispensada aos infantes era ainda mais distinta do que se compreende hoje, como doutrina na proteção integral, o que mais adiante detalharemos.

Na antiga Roma, o vínculo de sangue tinha menos relevância que o vínculo da escolha, chegando-se ao ponto de, na época do Imperador Augusto, os recém-nascidos serem expostos nas portas do palácio imperial e mortos os que não eram escolhidos.

Na era medieval, as questões familiares eram consideradas como de âmbito restritamente privado, razão pela qual o infanticídio continuou a ser uma prática difundida e aceite.

---

<sup>3</sup> "Art. 24.º (Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.

Art. 33.º (Expulsão, extradição e direito de asilo)

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física."

Apenas no séc. XVI, portanto, antes da Revolução Industrial, quando a estruturação de uma família numerosa passou a ser um valor, a fim de contribuir com o trabalho coletivo, fonte de manutenção familiar, é que o infanticídio começou a ser considerado delito e assim absolutamente intolerável.

A evolução e as características dos instrumentos de proteção da infância, tal como os demais instrumentos de proteção do cidadão, devem ser entendidos e interpretados à luz da consciência social reinante, durante as distintas épocas.

Apenas num passado recente, identifica-se uma reação social e uma conscientização de que os abusos contra a criança e a sua proteção representam grave problema que integra a esfera pública.

O primeiro caso de intervenção do Estado, em favor de uma criança vítima de maus-tratos por parte dos genitores, apenas ocorreu em 1875, nos Estados Unidos da América.

Naquela oportunidade, o Tribunal de New York retirou a menina Mary Ellen da guarda de seus genitores, a qual contava com 9 anos de idade, pelo fato de estar sendo vítima de maus-tratos.

O caso ganhou ainda mais notoriedade, não apenas pela originalidade mas também pela falta de entidade da proteção de menores. O autor da ação judicial em favor da menor foi a Sociedade para a Proteção dos Animais de New York, autorizando assim a conclusão de que os animais estavam mais amparados socialmente que as crianças, pois apenas a partir desse fato foi criada a Sociedade de New York para a Proteção da Crueldade Contra Crianças.

A história do desenvolvimento dos instrumentos de proteção da criança teve dois grandes marcos, sendo o inicial a constituição do primeiro Tribunal de Menores, em Illinois (Estados Unidos da América), o que ocorreu em 1899.

No outro extremo dessa evolução, está a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a qual estabelece como limite mínimo a idade de 18 anos para que uma pessoa seja ainda considerada criança,<sup>4</sup> o que foi observado pelo Brasil e Portugal, a fim de evitar que uma pessoa despreparada ingresse, prematuramente, no mundo dos adultos.

Nessa trajetória, o menor deixou a condição de objeto de compaixão-repressão para ser sujeito de direito, inclusive, em face do próprio Estado.

Conforme a lei portuguesa, considera-se criança ou jovem para os efeitos da Lei nº 147, de 01.09.1999 (a qual estabelece medidas de proteção a crianças e jovens em perigo), aquele que conte com menos de 18 anos, bem como os que contem com menos de 21 anos e solicitem a continuação de intervenção, em face da referida lei, a qual foi iniciada antes de haver atingido

<sup>4</sup> Nos termos do art. 1º da Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.

18 anos.

No Brasil, conforme os termos do art. 2º do ECA, considera-se criança aquele com menos de 12 anos e adolescente aquele entre 12 e 18 anos de idade, sendo que a referida Lei destina-se a ambos, exceto em casos excepcionais previstos, quando ela poderá ser aplicada para os menores de 21 anos.

## 1.2.2 O direito à vida e à integridade física dos menores

A preocupação de criar certos instrumentos jurídicos no nível da Comunidade Internacional, com vistas à garantia dos direitos de certas minorias, ganhou ênfase na Segunda Guerra Mundial, resultando na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na América Latina, a partir da década de 60, a crise fiscal provocou um esvaziamento das políticas sociais que, em muitos casos, passaram a ser apenas simbólicas ou de mera aparência.

A inexistência de recursos para o setor da infância e adolescência passou a ser crescente, não apenas pela escassez da disponibilidade deles pelo Estado mas também pela mudança de prioridade na provisão dos recursos Estatais, resultando na drástica deterioração da situação da criança carente, levando ao surgimento de movimentos sociais de luta pelos direitos da infância com padrões político-ideológicos focados na criança como sujeito de direitos (GARCIA MENDEZ, 1991, p. 9-60).

No âmbito da ONU, a idéia de uma convenção sobre os direitos da criança foi iniciativa do governo da Polônia, que apresentou uma proposta nesse sentido, durante as comemorações do Ano Internacional da Criança, promovido por aquela entidade, em 1979, a qual foi acolhida pelos 43 (quarenta e três) membros da Comissão dos Direitos Humanos.

Desde então fora apresentado um emaranhado de propostas pelos países membros e organizações internacionais, sendo que cada artigo era discutido e negociado, a fim de que o documento criado correspondesse a um instrumento de proteção à criança, passível de ser acatado em todo mundo, mesmo com as reconhecidas diferenças sociais e culturais dos povos (GONÇALVES, 1988, p. 89).

Em 1989, foi finalmente aprovado, por unanimidade, o projeto de resolução sobre o tema apresentado pela delegação polonesa, que foi transformado na Resolução nº 1988/75.

---

<sup>4</sup> Por *standards* de direitos humanos deve-se entender como sendo uma conjunção de normas juridicamente vinculativas, cogentes, que tanto podem ser programáticas ou indicativas de fins, com normas de outra natureza, muitas vezes desprovidas de conteúdo imperativo, mas que conte com grande força ética como resoluções, recomendações, declarações, conferências, apelos (CANOTILHO, 2000, p. 63).

Referida carta é um dos *standards* dos direitos humanos,<sup>5</sup> que não apenas alicerça medidas de comportamentos para as nações mas também para as práticas sociais das pessoas e para as comunidades. Mesmo sem uma força vinculativa formal, representam medidas de razoabilidade que podem e devem ser adaptadas aos casos concretos, eventualmente, levados a julgamento nos tribunais nacionais.

Esses *standards* também servem de parâmetro para distinguir, no âmbito dos direitos do homem, os Estados respeitadores dos direitos humanos, por garantirem os *standards* daqueles que são violadores desses direitos, não garantindo os padrões internacionalmente reconhecidos como necessários à preservação dos direitos humanos. É com vistas nesses *standards* que se pode mensurar a sensibilidade das pessoas, dos povos e dos Estados, quanto à adoção de medidas e processos garantidores da efetivação dos direitos do homem (CANOTILHO, 2000, p. 64).

A importância desses *standards* vai mais além de servirem como parâmetros, podendo se converter em *hard law* (normas vinculativas), quando incorporados em convenções e pactos juridicamente vinculativos (tal como a Convenção sobre os Direitos da Criança), conferindo assim direitos subjetivos passíveis de serem exigidos judicialmente no plano internacional e interno das nações que as subscreveram.

No plano do Direito Internacional, especificamente quanto ao menor, o direito à vida é assegurado pelo art. 6º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança,<sup>6</sup> que foi ratificada pela Resolução nº 20/90 da Assembleia da República de Portugal, passando a vigorar desde 21 de outubro de 1990, com força cogente no ordenamento interno.

Os direitos fundamentais consagrados na referida convenção são automaticamente recepcionados pela Carta Magna brasileira, contando ainda com imediata aplicação, conforme estabelece o art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/88.

O posicionamento consagrado no ordenamento jurídico face aos direitos dos menores no Brasil já era objeto de debate desde a elaboração da Constituição Federal de 1988, pois até então, a legislação brasileira pertinente ao menor era marcada pela doutrina da *situação irregular*, para a qual os menores eram meros objetos de proteção.

Em face desse entendimento, então preponderante, o antigo Código de Menores brasileiro (Lei nº 6.697, de 10.10.1979) não definia os direitos dos menores, limitando-se a instituir medidas de proteção, entre elas as medidas de segurança detentivas, que podiam ser aplicadas, até mesmo em face de fato penalmente irrelevante, tal como o desvio de conduta previsto pelo seu

<sup>5</sup> "Art. 6º nº 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida."

art. 2º.

Mediante a referida autorização da lei, crianças pobres eram apreendidas para diagnóstico e tratamento sem qualquer apoio à família, num sistema que não distingue abandonados de infratores.

Frente a essa situação, durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, foram formados os movimentos conhecidos como *criança e constituinte* e *criança prioridade nacional*, que tinham como *bandeira de luta* a adoção no ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina da proteção integral, com dispositivos legais capazes de garantir a todos os direitos fundamentais da vida, saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, liberdade etc. Abandonando assim a antiga doutrina da situação irregular, que se limitava a estabelecer as chamadas *medidas de proteção* ao menor, sem reconhecer que sendo o estado irregular uma situação de ilegalidade, no caso dos menores abandonados pelos genitores, descuidados pelos seus representantes legais, relegados à sua própria sorte pelo Estado (que não atenta às políticas públicas destinadas à sua proteção), não era a criança quem estava em situação irregular, mas a vítima de uma situação irregular que lhe fora imposta.

Vitoriosos em suas pretensões, esses movimentos conseguiram que a Carta Constitucional de 1988, estabelecesse no seu art. 227 os princípios que, posteriormente, foram adotados pela Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo projeto serviu de inspiração para o Direito brasileiro.

Ante o exposto no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, parte da doutrina lusitana, com a qual modestamente concordamos, entende que sempre deve ser considerada a opinião da criança sob aspectos relevantes na defesa dos seus interesses, caso ela conte com maturidade suficiente para tanto. Tendo assim direito de manifestar sua posição frente a assuntos de seu interesse, mesmo que não seja de forma autônoma, devendo ser associada à posição dos seus representantes legais,<sup>7</sup> o que tem plena valia em face do direito brasileiro.

### **1.3 A interpretação da norma constitucional que garante o privilégio dos menores**

A garantia do direito à vida dos menores é assegurada por múltiplos diplomas legais já referidos, o que certamente é resultado da situação de fragilidade deles em face da sua pouca maturidade.

Neste ponto é digno de nota o questionamento que inevitavelmente advém, em saber se, ante a escassez de eventuais recursos destinados aos fins sociais de responsabilidade do Estado, poderá haver critérios de seleção dos beneficiários que privilegiem determinadas condições pessoais, neste particular, a idade traduzida na expectativa de maior longevidade do beneficiário, bem como na sua qualidade de vida, o que é de grande importância em certos setores da saúde pública, notadamente, quanto aos transplantes de órgãos e tecidos.

Referido questionamento ganha ainda mais notoriedade, quando, literalmente, se infere dos termos do art. 227 da CF/88, que o Estado deve assegurar à

<sup>7</sup> Sobre a relevância da manifestação dos menores de 14 anos com maturidade para decidir, vide Rodrigues, 2001, p. 197-222.

criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde.

Antes de exprimirmos o nosso posicionamento, mister reconhecer que no caso dos transplantes de órgãos e tecidos, há posicionamentos no sentido de que é legítima a preferência que venha a ser conferida ao receptor, em face da menor idade, pois ao Estado caberia garantir os cuidados para a melhoria da qualidade de vida do idoso, não ao prolongamento da vida.

Ainda segundo os que assim se posicionam, referida preferência não representaria qualquer discriminação ilegítima, uma vez que a questão reside unicamente na distinção entre os cuidados de saúde a serem dispensados nas várias fases da vida, não se tratando de relação entre pessoas, tal como se passa na discriminação religiosa, racial ou sexual, pois a velhice é o destino de todos, salvo caso de morte prematura.<sup>8</sup>

Esse mesmo raciocínio pode ser transposto para os demais setores da saúde pública, sendo digno de nota que, mesmo em países do nível de desenvolvimento dos Estados Unidos da América, o Estado do Kentucky não oferece diálise a deficientes mentais, ainda que a necessidade seja comprovada medicamente (LOUREIRO, 1995, p.77).

A despeito do judicioso posicionamento ora referido, entendemos que a questão não deve receber os contornos anteriormente delineados.

Traduzindo a máxima da igualdade frente à lei, a Carta Constitucional portuguesa não confere prioridade à criança ou ao idoso, assegurando que o Estado e a sociedade têm o dever de proporcionar a ambos plena qualidade de vida (arts. 69.º, nº 1. e 72.º, nº 1., da CRP/76).<sup>9</sup>

Ao tratar do direito à proteção da saúde, novamente a Constituição da República Portuguesa não conferiu qualquer prioridade em razão da idade, sexo ou condições económicas (art. 64.º, nº 1., e nº 2., "a"),<sup>10</sup> donde se conclui que o fator da idade não pode preponderar, na opção pela manutenção da vida ou saúde do enfermo.

O posicionamento do legislador constituinte brasileiro acerca do tema não foi o mesmo, pois apesar de conferir responsabilidade ao Estado e à soci-

<sup>8</sup> Sobre a preferência dos receptores em razão da idade, vide Loureiro, 1995, p. 50-53.

<sup>9</sup> "Art. 69.º (Infância)

1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

Art. 72.º (Terceira Idade)

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social."

<sup>10</sup> "Art. 64.º (Saúde)

1. todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. o direito à protecção da saúde é realizado:

a) através de um serviço nacional de saúde universal e geral e tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;"

idade, de garantir ao idoso o direito à vida e à dignidade, claramente demonstrou vocação para priorizar a criança e o adolescente, tal como se vê no disposto pelos arts. 230, *caput*, e 227 da CF/88, o qual é categórico ao determinar a prioridade absoluta do menor ao direito à vida, saúde, dignidade etc.

Dessa forma, em princípio, infere-se um conflito de direitos, haja vista o direito à igualdade duplamente garantido na Carta Constitucional brasileira, pois estabelecido no seu preâmbulo como um dos valores supremos do Estado brasileiro, bem como no seu art. 5º, *caput*.

A igualdade também é assegurada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 1º),<sup>11</sup> que estabelece que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade, o que é recepcionado pela Constituição brasileira.

Mesmo considerando coerente entendimento do sentido da igualdade assegurada pela lei, segundo o qual igualdade não significa identidade, igualdade jurídica não significa igualdade natural ou naturalística e que a igualdade assegurada na Constituição tem duplo sentido, sendo um princípio inicial negativo, com vistas a vedar privilégios ou discriminações, bem como outro positivo, de tratamento igual de situações iguais e desiguais para situações desiguais, a desigualdade que autoriza a eventual distinção de tratamento deve ser resultante da diferença das situações ou pela natureza das coisas, o que no caso ora em questão não é admissível, já que se trata do mesmo bem jurídico em risco, qual seja a saúde e a vida do enfermo (MIRANDA, 2000, v. 4, p. 239).

A interpretação literal do texto da lei poderá levar à conclusão de que, nesse ponto, a Carta Constitucional brasileira não está adequada à missão integradora que lhe cabe.

Mas até mesmo a questão de ser admissível, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de uma norma constitucional mostra-se tormen-

---

<sup>11</sup> "Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade."

<sup>12</sup> Sem pretendermos ser exaustivos quanto ao tema, em sentido contrário à possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma constitucional, identificamos como os mais fortes argumentos as seguintes considerações:

Inicialmente o direito à legislação constitucional é exclusivo do Poder Legislativo representante do povo, responsável pelos sistemas de valores adotados pela Carta Constitucional, sendo negada toda possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade da norma constitucional em face do direito natural ou supralegal, já que o legislador constituinte é autônomo para estabelecer o sistema de valores da Constituição, conforme delegação popular para tanto.

Por outro lado, mesmo que um dispositivo constitucional esteja total e evidentemente em contradição com os princípios basilares da moral geralmente reconhecido, pode representar uma exceção conferida pelo legislador a um princípio geral que também foi estabelecido por ele, o que não pode resultar na conclusão de inconstitucionalidade desse dispositivo. Mesmo que se argumente que, ao regular o dispositivo tido como inconstitucional, o legislador constituinte se equivocou, não pretendia colocá-lo em descompasso com a regra estabelecida, mas quem poderia provar que assim o fora?

Para a interpretação da Constituição, tal como os demais comandos legais, verifica-se inicialmente a vontade objetiva do legislador. Portanto, a missão jurisdicional faculta a verificação da harmonia da lei em face da Constituição, não lhe cabendo a missão de declarar nula disposição constitucional, exercendo assim verdadeiro poder legislativo constituinte, o que no regime democrático é conferido exclusivamente ao Poder Legislativo, representante do povo (BACHOF, 1994, p. 18-30).

tosa, havendo judiciosos posicionamentos contra<sup>12</sup> e favoráveis dessa possibilidade.<sup>13</sup>

Apesar da acirrada polêmica, o fato é que a existência de normas constitucionais inconstitucionais não é de tão incomum, pois caso uma revisão constitucional afronte a norma constitucional pétrea, estará aí consagrada uma clara hipótese de norma constitucional inconstitucional.

Poder-se-á argumentar, com razão, que nessa hipótese não se trata de poder constituinte originário, o qual não estaria sujeito a uma norma constitucional anterior, contornável por força do poder constituinte originário. Dessa forma, as leis pré-constitucionais obrigam apenas ao legislador constituído, sendo esse entendimento válido também para as revisões constitucionais, nas quais o legislador está vinculado aos preceitos consagrados na Carta Magna que se reforma.

Nesse sentido, caminha judicioso o entendimento doutrinário, sustentando que em se tratando de um poder constituinte soberano, o seu único compromisso é com o respeito ao conceito dogmático de constituição, como documento que determina o sistema de governo, estabelece a relação de poder na sociedade, o qual é livre e incondicionado, razão pela qual a sua produção legislativa só encontra limitações que sejam livremente adaptadas, ficando excluída a possibilidade de declaração da invalidade da produção legislativa, em face de qualquer outra norma supraconstitucional (MORAIS, 2002, p. 29-49).

Por outro lado, registra não menos judiciosa corrente doutrinária, que mesmo o legislador constituinte originário não pode negar os valores estabelecidos, princípios constitutivos de toda a ordem jurídica, a fim de evitar regulamentações arbitrárias, pois são elementos da validade da Constituição não apenas a sua existência, derivada de um poder efetivo, mas também a sua obrigatoriedade como poder de vinculação dos seus destinatários, que apenas existirá se a Carta não se afastar dos direitos fundamentais, e como expressão da dignidade humana e aspiração pela Justiça.

Como é seguro, no plano constitucional, os direitos fundamentais representam os principais valores éticos e políticos de uma comunidade, assi-

<sup>12</sup> Mais uma vez, sem ser exaustivo quanto ao tema, em sentido afirmativo à possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma constitucional, há considerações de que a hipótese de inconstitucionalidade de uma norma constitucional não está excluída pelo fato de estar contida na própria Carta Constitucional, pois há dispositivos tão elementares que são anteriores à Constituição, portanto obrigam até mesmo o legislador constitucional, entendendo assim que o poder constituinte não é totalmente autônomo no estabelecimento de valores na Carta Constitucional.

Nesse sentido, até mesmo o processo pré-constituente, que valida o surgimento de uma nova constituição, demonstra a existência de normas que estão anteriores à Carta Magna. Portanto, caso a inconstitucionalidade seja apenas de um dispositivo constitucional, haverá o controle da sua constitucionalidade, podendo haver até mesmo controle da constitucionalidade da própria Constituição, como controle de sua legalidade (BACHOF, 1994, p. 30-35).

nalando as metas sociopolíticas a alcançar, bem como estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado e entre si (PEREZ LUÑO, 2001, p. 310-311).

Apesar de, inicialmente, serem pensados como forma de garantia dos cidadãos face ao poder Estatal, no atual Estado social de direito eles contam com força vinculante *erga omnes*, o que é claramente sentido, na imperiosa necessidade dos tribunais interpretarem todas as normas jurídicas de acordo com a constituição e os direitos fundamentais nela elencados (PEREZ LUÑO, 2001, p. 312-314).

Os direitos fundamentais são positivados mediante dois sistemas, sendo um por meio das cláusulas gerais *lex generalis*, que consagram os valores e os princípios, bem como as leis especiais ou casuística *leges speciales*, que pormenorizam e concretizam direitos básicos.

Por vezes, uma mesma noção pode-se apresentar como valor, princípio e disposição específica, tal como ocorre com a consagração constitucional da liberdade e igualdade, as quais são consagradas na Constituição da maioria dos países, entre eles Portugal e Brasil, como princípios, quando previstas nos preâmbulos das Cartas valor quando arroladas entre os direitos fundamentais, e disposição específica, quando estabelecida em manifestações jurídico-fundamentais, tais como: liberdade religiosa, reunião, circulação, igualdade entre homem e mulher, de acesso a funções e cargos públicos, entre outros exemplos.

Não obstante essas possibilidades, que dificultam a averiguação do significado ontológico de determinado conceito, são os valores a base do ordenamento jurídico, que correspondem a uma norma em si mesmos, susceptível de aplicação direta e imediata que conta com a primazia, não apenas meras normas programáticas.

Referido entendimento conduz ao reconhecimento de uma hierarquia interna nas normas constitucionais, na qual os valores estão no topo, representando a base do ordenamento jurídico, orientando a interpretação e aplicação das demais normas.

Essa qualidade da norma, que traduz os valores constitucionais, resulta na existência da possibilidade da inconstitucionalidade de normas constitucionais, mesmo que originárias, que no direito germânico são denominadas de *verfassungswidrige verfassungsnormen* (norma constitucional contrária à norma constitucional), sublinhando assim a superioridade hermenêutica dos valores.

Os valores têm assim uma tripla função dentro do ordenamento constitucional, quais sejam (PEREZ LUÑO, 2001, p. 288):

*Fundamentadora:* Enquanto núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico-político, que não se pode com este afrontar.

*Orientadora:* Tendo este um sentido mais dinâmico, devendo ser entendido como metas ou fins predeterminados a serem alcançados. Sendo ilegítima qualquer disposição normativa que inviabilize a persecução destes fins.

*Crítica:* Devendo ser tomado como parâmetro de valoração, para avaliar ações ou condutas determinadas pelas demais normas. São referências para controlar o ordenamento jurídico, avaliando o seu valor ou desvalor, em face de infrações de valores fundamentais.

Concluímos assim que é admissível o controle da inconstitucionalidade da norma constitucional, não apenas em face do direito suprallegal ou direito natural mas também dos valores estabelecidos pelo texto constitucional, representado pelas normas de princípios em eventual contradição às normas específicas ou casuísticas, nas quais as hipóteses de aplicação e as consequências jurídicas são tipificadas com maior precisão.

Não seria concebível que aquele a quem foi confiada a tarefa de legislar, com vistas a criar uma Carta Constitucional, que tem por objetivo organizar e limitar o poder dentro do Estado, não tenha a sua própria vontade de criação também condicionada a padrões culturais, éticos, sociais, enraizados na consciência jurídica geral da comunidade. E que a legitimação da Carta Constitucional, representada pela transposição para o texto da lei dos valores básicos reclamados pela sociedade, também não seja revertida em prol de todo o povo, com vista a que todos se beneficiem desses valores (CANOTILHO, 2002, p. 81-84).

Posta a questão, entendemos que é inadmissível a mera interpretação literal do mencionado dispositivo legal, acerca do privilégio na garantia do direito à vida e à saúde em razão da idade, quando em confronto com o mesmo bem jurídico de outro indivíduo de maior idade.

Essa norma está a exigir um esforço de hermenêutica, por parte do intérprete, com vistas a conciliá-la ao ordenamento jurídico pátrio, tarefa que precede a eventual decretação da inconstitucionalidade, como forma de buscar a integração da mesma à ordem jurídica vigente.

Neste sentido, deve-se contar com um método de interpretação que garanta o seu sentido e controle, evitando qualquer arbitrariedade nesse contexto, que retire a norma de sua evidência, para que esta seja suplantada pela interpretação.

O abandono das regras controláveis de interpretação transformaria o Estado de Direito, em que o juiz está submetido à Constituição, num verdadeiro Estado de Justiça, e interpreta a Constituição com base na sua ordem própria e pessoal de valores, tornando-se, pois, o *senhor da Constituição* (LARENZ, 1997, p. 510-517).

Para que a interpretação da lei não seja deixada, totalmente, ao arbítrio do intérprete, a doutrina procurou estabelecer critérios para tanto, entre os quais se destaca o estabelecido por Savigny, para quem o primeiro passo nessa empreitada é, necessariamente, o sentido literal da lei (LARENZ, 1997, p. 449-450).

A vinculação do juiz à lei, como primado do princípio constitucional da separação dos poderes, não impede que os tribunais colaborem para o desenvolvimento da lei, mesmo que fora da mera interpretação gramatical, mas com vistas no ordenamento jurídico como um todo, resguardando assim a unidade do direito, decidindo de forma equitativa, como é exigência do art. 10º da Declaração dos Direitos Humanos, a qual o Brasil se comprometeu a respeitar (LARENZ, 1997, p. 519-524).

Na interpretação do referido privilégio, deve-se antes ter em conta todo o texto do próprio art. 227, da CF/88, onde o mesmo foi consagrado, donde se ressaltam os seus seis parágrafos e nove incisos.

Neste sentido, verifica-se que quando o referido diploma legal especifica as hipóteses de prioridade a ser conferida ao menor, ele se refere a investimentos em políticas públicas e incentivos a programas privados, de garantia dos direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Esse entendimento mostra-se compatível com o parágrafo único do art. 4º do ECA, em que o legislador ordinário procurou definir as situações de privilégio do menor.

Há quatro situações ali elencadas, nas quais o legislador procurou compreender com a garantia da absoluta prioridade ao menor. A da letra "a" refere-se a situações de auxílio e socorro, "b" refere-se a situações de atendimento em serviços públicos e as outras duas, "c" e "d", à destinação de recursos públicos.

Afinal, qualquer interpretação que resulte no privilégio do menor em detrimento ao idoso, exclusivamente, por questão da idade (tal como o recebimento de órgão em doação), apresenta-se inadmissível.

Apesar de não ser razão para que por si só imponha a conclusão já referida, pois reconhecemos que apesar de ser comum que nas Cartas Constitucionais os direitos fundamentais encontram-se sistematizados em um mesmo título, isso não impede que haja direitos fundamentais disseminados pelo texto constitucional. Entretanto, apenas como mais um argumento que reforça o

posicionamento ora sustentado, vale registrar que o dispositivo legal que consagra o privilégio em questão, o art. 227, está inserido no Título VIII, da Constituição Federal, que trata Da Ordem Social, tendo como objetivo proporcionar o bem-estar e a justiça sociais.<sup>14</sup>

#### 1.4 O Ministério Público e a garantia dos direitos fundamentais

Como já referido alhures, a situação instalada na legislação pátria, até à Carta Constitucional de 1988, levou a organização de movimentos com vistas a demonstrar o equívoco da doutrina então predominante e, assim, tentar garantir no novo texto constitucional a chamada doutrina da proteção integral, que orientava as Nações Unidas na formulação da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como já era consagrada pela legislação de vários países democráticos, a qual apregoava a necessidade de haver nas legislações nacionais disposições capazes de garantir todos os direitos fundamentais aos menores, tais como a vida, saúde, educação, lazer, profissionalização etc, de forma que eles deixassem de ser objeto de compaixão para serem sujeitos de direitos.

Os reticentes a essa mudança de orientação argumentavam que o pretendido ideal de proteção ampla e generalizada não contava com a ação que o garantisse, de forma que a impossibilidade de prestação jurisdicional a fim de assegurar o direito previsto na norma jurídica, redundaria na desmoralização do Poder Judiciário.<sup>15</sup>

De fato, a clássica maneira de se buscar a defesa de um interesse em juízo ocorre por meio da legitimação ordinária, quando o lesado defende o seu próprio interesse.<sup>16</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, *a priori*, são excepcionais as hipóteses de legitimação extraordinária, nas quais é conferida a outrem a possibilidade de, em nome próprio, defender o interesse alheio.

Não obstante, mesmo naquela oportunidade, tais críticas já careciam

<sup>14</sup> Neste sentido está o art. 193 (Título VIII – Da Ordem Social – Capítulo I – Disposição Geral, da Constituição Federal de 1988) segundo o qual: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

<sup>15</sup> Parte da doutrina de então advertia que não havia ação apta a levar a questão de direitos genéricos aos Tribunais. Não haveria assim como patrocinar em juízo um ideal de proteção amplo, que se desenvolve desde o direito de ter um nome, uma nacionalidade, ao tratamento médico ao incapaz físico ou mental, à educação, recreação, diversão. Desta forma o eventual direito de ação nestas hipóteses só insurgiria em face de um caso concreto de lesão a direito subjetivo material (SILVA, 1999, p. 5).

<sup>16</sup> Bem leciona Mazzilli (1991), segundo o qual as hipóteses de legitimação extraordinária estabelecidas pelo CPC representam verdadeiras substituições processuais, que não se pode confundir com a representação, pois nesta última hipótese, alguém em nome alheio defende interesse alheio, enquanto na legitimação extraordinária, alguém em nome próprio defende interesse alheio.

totalmente de razões, senão vejamos:

Os direitos fundamentais no moderno constitucionalismo têm um papel singular, pois não se limitam à defesa do indivíduo isolado perante o Estado, como garantia do cidadão contra os arbítrios do poder, mas também significam a defesa da sociedade no seu conjunto, face aos arbítrios do Estado.

Dessa forma, esses direitos representam um determinado modelo de sociedade, uma determinada idéia de Estado, cuja efetivação é missão do Ministério Público, em particular por meio da tutela judicial, para o que se faz necessária uma harmonização da ordem constitucional no seu conjunto com a realidade social que a envolve.<sup>17</sup>

Conforme interpretação mais moderna, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função, pois, se num primeiro plano subjetivo, seguem atuando como garantia das liberdades individuais, agora lhes é reconhecida uma função institucional, a partir da qual o seu conteúdo deve funcionar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Em face dessa ampla perspectiva acerca dos direitos fundamentais, como poucas instituições, o Ministério Público mantém estreita relação com eles, já que representa o indivíduo, a sociedade e o Estado, tendo como uma das suas mais insígnies atribuições a defesa da ordem jurídica (traduzida pelos interesses que a lei determina) e da legalidade democrática, que se dá na defesa dos interesses sociais e coletivos (como estabelecido pelo art. 219.º, nº 1, da CRP/76 e art. 127, da CF/88).<sup>18</sup>

Esse raciocínio já legitimaria o Ministério Público a perquirir em juízo, de forma ampla e generalizada, a proteção dos direitos à vida e integridade física dos menores, direitos fundamentais e garantias do cidadão, quer seja contra os arbítrios do poder do Estado, quer seja na defesa da sociedade em seu conjunto, face ao Estado e ao particular.

Quanto à submissão das relações particulares aos direitos fundamentais, hoje a doutrina germânica reconhecida pela expressão *Drittwirkung der Grundrecht*, bem coloca a questão ao afirmar que os direitos fundamentais não afetam apenas as relações entre o Estado e os cidadãos, ou seja, as relações de

<sup>17</sup> A doutrina sustenta que a consagração em sede da constituição dos direitos e liberdades dos cidadãos não limita o objeto de sua garantia à defesa do indivíduo isolado perante o Estado, apesar de seu evidente caráter de representar uma garantia do cidadão contra os arbítrios do poder, este não se encerra neste desiderato. Afinal, estes direitos também garantem a defesa da sociedade no seu conjunto, em face aos arbítrios do Estado. A defesa de um determinado modelo de sociedade, de uma determinada idéia de Estado (RODRIGUES, 1990).

<sup>18</sup> "Art. 219.º (Funções e estatutos)

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática."

subordinação regidas pelo direito público, mas também as relações entre particulares, como necessidade de manter a plena vigência dos valores incorporados pelos direitos fundamentais em toda a esfera do ordenamento jurídico.

A direta e necessária submissão das relações particulares aos direitos fundamentais é corolário de uma coerência interna do ordenamento jurídico, evitando assim que se reconheça uma dupla ética no seio da comunidade, sendo uma aplicável às relações entre o Estado e o particular, outra às relações dos cidadãos entre si, o que, seguramente, afronta a essência dos valores consagrados pelos direitos fundamentais.

Nesse ponto vale ainda destacar que é exatamente o nível de tutela dispensada aos direitos fundamentais que revela maior operacionalidade do Estado de direito, notadamente, em face da incontestável realidade que, na atualidade, poderosos grupos econômicos nacionais e multinacionais são detentores de uma hegemonia sobre os cidadãos, razão pela qual, muitas vezes, são mais implacáveis que o próprio Estado nas violações de direitos fundamentais, cujo poder, por vezes, contrasta e sobrepõe-se ao próprio poder Estatal.

Essa aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada reforçou a necessidade de intervenção dos poderes públicos, entre os quais o Ministério Público, na "promoção das condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram, sejam de fato reais e efetivas, removendo os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude." (PEREZ LUÑO, 1998, p. 23).

Em face desse raciocínio, podemos concluir que a crítica que se fazia contra a pretensão de se estabelecer a doutrina da proteção integral da criança no Direito brasileiro, já não fazia sentido, pois estaria o Ministério Público legitimado a defender os direitos fundamentais conferidos à criança e adolescente, não apenas para garantir a sua promoção mas também buscando a remoção dos obstáculos para o gozo dos mesmos.

Os que se posicionavam contra a consagração legislativa da doutrina da proteção integral, em sede dos direitos dos menores, ao argumento que ela não se harmonizava com a tutela disponibilizada pelo direito ao sistema jurídico do Estado, ainda se olvidaram da ação civil pública, a qual tem por objeto, exatamente, a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Referidas críticas são imediatamente anteriores à Carta Constitucional de 1988, exatamente, quando se pretendia incorporar a teoria da proteção integral naquele texto constitucional.

Até então, o primeiro texto legal a mencionar a expressão *ação civil pública*, era a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n.º 40, de 14.12.1981), em seu art. 3º, III.

Posteriormente, veio a Lei nº 7.347, de 24.07.1985, que regulava a defesa do meio ambiente, do consumidor e de valores culturais, a qual consagrou a referida expressão, bem como a titularidade ativa para a dita ação (MAZZILLI, 1991, p. 287-288).

Até a Constituição Federal de 1988, eram apenas esses os diplomas legais que faziam referência à ação civil pública, o que, seguramente, corroborou para que alguns criticassem a adoção da doutrina da proteção integral aos menores, não atinando para a possibilidade do manejo daquela ação para buscar a tutela judicial desse direito.

Foi exatamente a Constituição Federal de 1988 que ampliou o objeto de proteção da ação civil pública, novamente conferindo titularidade ao Ministério Público para o manejo dessa ação, passando a legitimá-la para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88).

Mesmo que os reticentes à adoção da teoria da proteção integral em favor dos menores contassem com alguma razão nas críticas lançadas, o que, modestamente, já demonstramos em sentido contrário, referidas críticas não teriam mais qualquer cabimento.

O próprio ECA faz expressa referência à ação civil pública, quando no seu art. 148, IV, estabelece a competência do juízo da infância e juventude para o julgamento das ações cíveis, fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos, afetos à criança e ao adolescente, para as quais, apesar do Ministério Público não ser o único legitimado ativo, ordinariamente é de fato quem toma a iniciativa da ação e, caso não o faça, necessariamente deverá intervir na condição de *custus legis*, haja vista a relevância do direito em debate.<sup>19</sup>

Basta uma singela leitura do ECA, lei que rege o direito dos menores no Brasil, para que se infira acerca da confiança do legislador no Ministério Público, como guardião do futuro da Nação, pois, de fato, é o responsável pela realização e fiscalização dos mais elementares direitos dos que representam o futuro, sem os quais não há dignidade, respeito e esperança, portanto, indispensáveis para a construção de uma sociedade de fato justa, fraterna e democrática.

Para fazer frente a tão distinto mister, o Ministério Público conta com o importante instrumento judicial que é a ação civil pública, cuja legitimidade ativa não se restringe à referida instituição, mas que diante do seu caráter fiscalizador, notadamente, é quem busca a proteção dos interesses sociais e coletivos em face do próprio Estado.

## 2 OS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

---

<sup>19</sup> Complementarmente, arts. 1º e 5º da Lei nº 7.347/85.

## 2.1 A responsabilidade civil do Estado

Antes mesmo de maiores considerações, é mister registrar que não é imune a críticas o uso do termo responsabilidade civil do Estado, como forma de expressar a obrigação geral do Estado de responder pelas consequências dos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando no exercício da função ou em razão dela.

Muitos doutrinadores entendem que a terminologia tradicional não traduz, rigorosamente, o objeto da matéria em questão, pois, em regra, a responsabilidade surge em face dos atos da administração, não de atos do Estado como entidade política, razão pela qual a terminologia correta seria *responsabilidade civil da administração pública*.<sup>20</sup>

Não obstante, merece registro o fato de que pode haver responsabilidade do Estado como entidade política, mesmo que em menor número que a responsabilidade por atos da sua administração, tal como adiante veremos, e não nega a doutrina.

Apesar de não distinguirmos qualquer consequência prática, apenas para registro e melhor esclarecimento do tema, vale consignar que parte da doutrina acerca da responsabilidade civil do Estado, defende que ela não pode ser confundida com a obrigação do poder público em indenizar os particulares, nos casos em que aquele agiu observando um comando legal que impunha um sacrifício direto ao patrimônio do particular, em face do interesse público, como é o caso da desapropriação.

Conforme os que assim entendem, deve-se afastar da seara da responsabilidade civil da administração pública aquelas situações em que ela agiu em cumprimento à norma legal, que impõe diretamente um sacrifício ao patrimônio do particular. O que é distinto dos casos em que, apesar da administração pública haver agido de acordo com a lei, ela não determina um sacrifício direto ao patrimônio do particular, o qual advém reflexamente do ato em questão, tal como o impedimento do trânsito de veículos numa via, que importe na inviabilidade da manutenção de um estacionamento de automóveis.

Nesses casos, parte da doutrina chega a afirmar que a contrapartida conferida ao particular seria a indenização, de forma a distingui-la das hipóteses de ressarcimento, resultantes da responsabilidade civil do Estado por danos provocados aos administrados.

A responsabilidade civil do Estado evoluiu da anterior irresponsabilidade completa, para a atual responsabilidade pública objetiva, pois, inicialmente, imperava o entendimento de que a soberania e a responsabilidade eram conceitos que não se harmonizavam, não poderiam coadjuvar.

Daí as conhecidas máximas de que *the king can do no wrong* e que *le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensation*, que

<sup>20</sup> Meirelles (2001, p. 609-612) acentua a diferença dessas acepções.

eram temperadas pela admissão da responsabilidade apenas direta do funcionário (embora com patrimônio de solvência incerta), o que dependia de autorização prévia de órgão administrativo superior.

A partir da primeira metade do séc. XIX, passaram a admitir algumas exceções à referida regra, autorizando-se a responsabilidade civil de autarquias locais e mesmo do próprio Estado por atos de gestão do domínio privado e pela execução de obras públicas.

Até chegar aos dias atuais, longo foi o caminho trilhado pela doutrina da responsabilidade civil da administração pública que, inicialmente, evoluiu da total irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, até chegar à atual responsabilidade objetiva do Estado, no caso de atos comissivos.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 (art. 179, § 29), refletindo o entendimento dominante à época, estabelecia que a responsabilidade em face da atuação Estatal era do *empregado público*, que agisse com culpa, caracterizada pelo abuso ou omissões no exercício das funções.

Disposição similar foi consagrada na Carta Constitucional de 1891 (art. 82), a primeira Constituição republicana do Brasil.

O Código Civil de 1917 (art. 15) admitiu a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, em face da culpa civil dos seus agentes ou da falta de serviço.

A grande alteração legislativa acerca da matéria veio com a Constituição de 1946 (art. 194, parágrafo único), a qual decisivamente incorporou no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, cabendo ao Estado indenizar os danos resultantes dos atos lesivos, mesmo ante a ausência de qualquer procedimento irregular por parte do funcionário ou agente público.

A atual Carta Constitucional consagra a responsabilidade civil do Estado nos mesmos moldes da Constituição anterior, sendo entendimento corrente na doutrina e jurisprudência que, na ação positiva do Estado, que atinge individualmente um administrado, a responsabilidade pela reparação é vista exclusivamente sob o ângulo passivo da relação, ou seja, basta a perda de uma situação juridicamente protegida a fim de ensejar o dever de indenizar.

Traduzindo a moderna doutrina acerca da responsabilidade objetiva da administração pública (tal como consignado, já consagrada nas Cartas Constitucionais brasileiras, desde 1946), a Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que instituiu o novo Código Civil, estabelece no seu art. 43 que: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros[...]", não obstante o direito regressivo do Estado contra os causadores do dano, que houverem laborado com culpa ou dolo para o evento, o que é ressalvado na última parte do mesmo

dispositivo legal.

A evolução da responsabilidade civil do Estado, no ordenamento jurídico português, mantém alguma semelhança com a situação brasileira já referida.

A Constituição portuguesa de 1822, a qual seguramente influenciou a Constituição brasileira de 1824, estabelecia o princípio da responsabilidade pessoal do funcionário público pelos atos praticados no exercício da função (art. 14.<sup>o</sup>)<sup>21</sup>, o que também constou da mencionada Constituição brasileira.

Igual orientação foi adotada na Carta Constitucional portuguesa de 1826, que manteve a responsabilidade pessoal do funcionário público pelos atos praticados no exercício da função, dos quais resultasse em lesão ao administrado (art. 145.<sup>o</sup>, n.º 27.)<sup>22</sup> o que novamente veio a repetir-se na Constituição portuguesa de 1838 (art. 26.<sup>o</sup>)<sup>23</sup>

A Constituição portuguesa de 1911 não consagrou qualquer princípio específico acerca da responsabilidade do Estado ou dos seus funcionários, apenas consignando de forma ampla que todo o cidadão poderia responder por infrações à Constituição (art. 3.<sup>o</sup>, n. 30.)<sup>24</sup>

A Constituição portuguesa de 1933 também não fazia menção à responsabilidade do Estado ou dos funcionários públicos, bem como não repetiu a fórmula geral estabelecida na Carta Constitucional anterior, consignando apenas que todo o cidadão português teria direito à reparação dos danos sofridos nos termos da lei (art. 8.<sup>o</sup>, n. 17.)<sup>25</sup>

Por fim, a Constituição da República Portuguesa atualmente em vigor, conferiu dignidade constitucional ao princípio geral da responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos. Sendo digna de registro a viva discussão acerca da constitucionalidade dos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 48.051,

---

<sup>21</sup> "Art. 14.<sup>o</sup> Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de officio e abusos de poder, na conformidade da Constituição e da lei."

<sup>22</sup> Art. 145.<sup>o</sup>  
27. Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões, que praticarem no exercício das suas Funções, e por não fazerem efectivamente responsáveis aos seus subalternos.

<sup>23</sup> "Art. 26.<sup>o</sup> Os Empregados Públicos são responsáveis por todo o abuso e omissão pessoal que praticarem no exercício de suas funções, ou por não fazer efectiva a responsabilidade de seus subalternos. Haverá contra eles acção popular por suborno, peita, peculato ou concussão."

<sup>24</sup> Art. 3.<sup>o</sup>  
30. Todo o cidadão poderá apresentar aos poderes do Estado reclamações, queixas e petições, expor qualquer infracção à Constituição e, sem necessidade de prévia autorização, requerer perante a autoridade competente a efectiva responsabilidade dos infractores.

<sup>25</sup> Art. 8.<sup>o</sup>  
17. O direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária.

de 21.11.1967, em face dos arts. 22.º e 271.º da CRP/76, o que nos restringimos a apenas mencionar, para que não nos percamos em digressões não pertinentes ao cerne da presente investigação.

A despeito do embate doutrinário, no acórdão de 6 de maio de 1986, o Supremo Tribunal de Justiça português entendeu pela inconstitucionalidade com a conseqüente revogação do referido Decreto-Lei, na parte que este limita a responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes públicos e demais entidade públicos, ou seja, os artigos supracitados.

## 2.2 A responsabilidade em face de danos na ação da administração pública

Apesar de não se incluir no objeto do estudo desenvolvido no presente trabalho, que se restringe aos aspectos da responsabilidade civil do Estado pela omissão, apenas para registo e facilitação do desencadeamento do raciocínio sobre o tema, vale tecermos algumas considerações acerca da responsabilidade civil do Estado pela ação da administração pública.

Tanto no Brasil como em Portugal, a responsabilidade civil do Estado pela ação da administração pública é objetiva, ou seja, só se exime ante a falta de nexo entre o comportamento de agente público e o dano.

Nesse caso, o fundamento jurídico que sustenta esta posição é o da igualdade de todos ante os encargos públicos, resultantes da ação positiva do Estado que resulte danos anormais, entendidos como aqueles, acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade.<sup>26</sup>

Dessa forma, o Estado eximir-se-á de indenizar, caso seu agente não haja de fato produzido a lesão.

Caso a pretensa vítima tenha laborado com culpa para o evento, a responsabilidade do Estado será afastada em face da falta de nexo causal entre a ação e o evento, pois aí inexistirá o comportamento lesivo do agente do Estado como produtor do dano.

Ao consagrar a responsabilidade civil do Estado, em face de danos causados a terceiros, a Carta Constitucional brasileira de 1988 valeu-se do termo *agente* para identificar o responsável pelo ato danoso. Esse termo, em sentido genérico, deve ser compreendido como *servidor público*, abrangendo todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, mesmo que em caráter transitório (art. 37 da CF/88).

A Constituição portuguesa de 1976 também consagrou a responsa-

<sup>26</sup> Sobre a teoria do risco-proveito, segundo a qual o ato comissivo do Estado que resulta em prejuízo para o administrado deve ser indenizado por princípio de isonomia, já que este ato visa proveito da instituição governamental responsável pela sua prática, e/ou mesmo para a coletividade em geral. A qual também deve ser acrescida a responsabilidade pelos danos ao administrado que resulta do *feito das coisas*, ou seja, como consequência de coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia (MELLO, 1998, p. 603-604).

bilidade civil objetiva do Estado em seu art. 271.<sup>o</sup>, ficando a questão da verificação da culpa do autor do dano, para os fins de responsabilizar o funcionário ou agente pelos atos praticados. De forma que, se ele atuou com culpa leve, não fica obrigado a indenizar os danos que causou, nem mesmo pode ser atingido por eventual ação de regresso na esfera das relações internas, o que não ocorre na hipótese dele haver atuado com zelo e diligência manifestamente inferiores ao que deveria e caso tenha laborado com dolo.

Nesse último caso, ou seja, da ação com dolo, o agente responderá diretamente pelo dano causado, ao lado do ente público a que pertence, que responderá solidariamente como garantia da solvência da dívida.

No Brasil e em Portugal, para que os danos econômicos ou patrimoniais representados pela perda ou diminuição do patrimônio do lesado sejam passíveis de indenização, devem representar um bem que a ordem jurídica reconheça como pertencente ao lesado, cuja integridade é protegida pela norma.

Um dos aspectos mais complexos da responsabilidade civil da administração pública está ligado ao ressarcimento do dano causado a interesses legítimos que, na terminologia mais corrente, representam as ofensas a disposições legais destinadas a proteger interesses de terceiros.

A doutrina italiana dedicou-se, exaustivamente, a esse problema, inclusive visando distinguir os interesses legítimos dos direitos juridicamente protegidos.<sup>27</sup>

Em face dessa divergência doutrinária, a questão de saber se os interesses legítimos são passíveis de tutela patrimonial, sempre se mostrou polêmica, sendo que muitos os consideram como posição meramente instrumental, daí porque a tutela dos mesmos se restringiria à restauração da legalidade violada, mediante a mera anulação do ato ilegal.<sup>28</sup>

Nesse particular, a doutrina tem reconhecido o direito à indenização

<sup>27</sup> Nesse ponto, é digno de nota que, para parte da doutrina, os interesses legítimos são individuais conexos com um interesse público, ocasional e indiretamente protegido por uma norma destinada a tutelar os interesses públicos. Para distinto segmento doutrinário, esses são pretensões do administrado à legalidade dos atos administrativos que versem sobre um interesse próprio do sujeito privado (CORTEZ, 2000, p. 116-127).

<sup>28</sup> Segundo entendimento de parte da doutrina, os interesses legítimos representam apenas um poder de reação processual em face de atuações ilegítimas da administração pública, de forma que, se tomado como mero instrumento de proteção, sem substrato material que o individualiza, a restauração da legalidade com a anulação do ato que a violou já restauraria o estado anterior das coisas, não ensejando assim qualquer tutela patrimonial em face do ocorrido. Referido problema se notabilizou na doutrina italiana, em face da distribuição da competência entre os tribunais administrativos e tribunais ordinários vigente naquele país, que imponha a prévia anulação do ato tido como ilegal pelo tribunal administrativo, com vistas a identificar o fato causador do dano, para que só então se pudesse recorrer ao juiz ordinário pretendendo eventual indenização, já que esses últimos não são competentes para julgar a legitimidade do ato administrativo, cujo conhecimento seria o objeto principal da ação e não meramente acessório, pois seria esse o fato gerador do dano, verdadeira causa de pedir (CORTEZ, 2000, p. 116-127).

do prejudicado, como consequência da anulação do ato administrativo que o privou de um direito subjetivo, de forma a que a repristinação dessa posição jurídica evidencie a necessidade de se indenizar pelos danos que foram suportados, em face de um proveito não gozado, desde a origem do ato anulado até à sua respectiva anulação (CORTEZ, 2000, p. 124).

Apesar de não caber nos estreitos limites do presente trabalho um estudo mais detido sobre o tema, haja vista que o objeto do presente restringe-se à omissão do Estado na garantia dos direitos à vida e integridade física dos menores, vale o registro que, conforme a doutrina espanhola, por interesse legítimo, deve-se entender que seja algo que proporciona um proveito ou utilidade ao seu titular, o qual será legítimo na medida em que não afronta o ordenamento jurídico (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 134).

Valendo-se desse entendimento, a sólida corrente doutrinária espanhola entende que as lesões a interesses legítimos não são indenizáveis no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, de forma que a mera lesão a um bem cuja titularidade se ostenta de modo lícito, por si só não dá ensejo ao direito de ressarcimento no regime de responsabilidade extracontratual do Estado.

Os que assim entendem argumentam que os interesses legítimos, em sentido técnico, contam com proteção do ordenamento jurídico, sendo, portanto, entendidos como direitos subjetivos ou bens juridicamente protegidos. Quanto aos meros interesses legítimos, em sentido amplo, apesar de serem lícitos (por não contrariarem o ordenamento jurídico e assim serem entendidos como legítimos), sua satisfação não pode ser exigida do sujeito que causa o dano ao bem objeto desse interesse.

Dessa forma, é exatamente a exigibilidade ou não-exigibilidade, em face de um sujeito determinado, que identifica os interesses legítimos indenizáveis (AHUMADA RAMOS, 2000, p.135).

Em face dos argumentos já referidos, comungamos do entendimento de que no Direito português, referida questão foi solucionada nos arts. 22.º e 271.º da CRP/76, de cujos termos resta segura a responsabilidade do Estado por danos resultantes a interesses legítimos.

Tal como se infere do art. 22.º da CRP/76, o Estado e os titulares dos órgãos, os funcionários ou agentes são civilmente responsáveis por violação dos direitos, liberdades, garantias ou prejuízo para outrem.

No mesmo sentido, o art. 271.º da CRP/76, consagra a responsabilidade dos funcionários, agentes do Estado e das demais entidades públicas que, no exercício da função, violem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Analizando o texto constitucional em questão, Canotilho e Moreira

(1993, p. 937) concluem que a referida expressão não foi objeto de qualquer delimitação pelo legislador constituinte, abrangendo, assim, todas as vantagens derivadas do ordenamento jurídico.

Apesar do art. 37, § 6º, da CF/88 não contar com a mesma redação do seu similar lusitano, pois não foi especificada a questão dos interesses legítimos, entendemos que aqui também não é feita qualquer restrição à extensão das hipóteses de possível indenização, autorizando o ressarcimento em face de lesões a interesses legítimos, já que o intérprete não pode restringir o alcance que foi conferido à lei pelo legislador constituinte.

### **2.3 Responsabilidade por danos em face da omissão da administração pública**

Questão bem distinta e cerne da nossa investigação é o tratamento dispensado à responsabilidade civil do Estado em face da omissão, pois, quando o dano é resultado da omissão em face da ausência do serviço, por ele não haver funcionado, por haver funcionado mal, tardia ou de forma ineficiente, a doutrina aplicada, para avaliação do dever de indenizar, é da responsabilidade subjetiva.<sup>29</sup>

Na responsabilidade em face da omissão, o Estado não agiu, assim não foi o autor direto do dano, mas, ao revés, deixou de agir como deveria, de forma a evitar o dano. Deve-se assim averiguar se ele tinha o dever de impedir o dano, daí a necessidade de averiguação da culpa, pois a responsabilidade na omissão é sempre resultante de um comportamento ilícito, um desrespeito à obrigação legal de impedir um certo evento danoso.

Nesse ponto, a responsabilidade civil do Estado em face de uma ação, distingue-se diametralmente da responsabilidade em face da omissão.

No caso da responsabilidade civil em face da ação, é razoável que o Estado responda, objetivamente, pelos danos que causou, de forma a manter a equidade entre os administrados. Quanto à responsabilidade do Estado em face da omissão, ele apenas responde pelos danos que não causou, estando obrigado a impedi-los, pois solução diversa levaria o Estado à condição de segurador universal, inviabilizando, assim, o exercício das suas demais e tão amplas funções.

A impossibilidade de identificação do responsável direto pela omissão não elide a responsabilidade civil do Estado, tal como conclui a teoria de

<sup>29</sup> Já se posicionou o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, pelo acórdão de 27.01.1987, Relator: Fernando Brandão Ferreira Pinto, no recurso nº 23.963, que nas hipóteses de pretensão de indenização pela omissão dos órgãos ou agentes do Estado, cabe ao interessado demonstrar que o Estado, por intermédio de seus órgãos, agiu negligentemente. Para tanto, tem de alegar e provar fatos donde resulte que a situação merecedora duma atuação positiva era do conhecimento dos órgãos ou agentes do Estado, ou devia sê-lo se usassem da diligência que lhes é exigível. Desta forma, se não atuaram porque não previram o resultado danoso, como consequência da sua inatividade e deviam tê-lo previsto, ou, tendo-o previsto, não o preveniram tendo o dever de fazê-lo, deverá o Estado indenizar (Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo, ano XXVI, nº 311, Cacém, nov. 1987, p. 385-1401).

origem francesa denominada *faute du service (public)*, a qual deve ser compreendida como *ilícito do serviço*, com aplicação nas hipóteses de funcionamento defeituoso do serviço, mau funcionamento, falta de funcionamento ou funcionamento tardio.

Convém ressaltar que uma das mais importantes missões da lei ordinária é a definição dos concretos deveres e encargos da administração, como forma de assegurar os direitos fundamentais reconhecidos pelas Cartas Constitucionais, até porque, frente a determinadas situações, o que se espera do Estado não é uma ação, mas que permaneça passivo, respeitando o livre desenvolvimento dos direitos dos cidadãos e agentes sociais.

Tal fato não impede que os direitos fundamentais constitucionalizados como valores e princípios, assim como aqueles enunciados em cláusulas genéricas, não sejam de imediata valia e pronta aplicabilidade jurisdicional, até que lei posterior o regulamente,<sup>30</sup> uma vez que as mais modernas orientações doutrinárias e jurisprudenciais posicionam-se no sentido de que, em se assim não se entendendo, grande parte do estatuto que consagra os direitos fundamentais restaria inoperante, sendo que a demora na aplicação dos direitos fundamentais afronta o significado da norma constitucional que os consagra e define, razão pela qual os princípios estabelecidos por eles devem ser de imediata aplicação.<sup>31</sup>

Referido posicionamento tem amparo no estabelecido pelo art. 5º, § 1º, da CF/88, segundo o qual: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." O art. 18º, nº 1., da CRP/76, também estabelece a direta e vinculadora aplicação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos de liberdade e garantias.

As Constituições brasileira e portuguesa seguiram o modelo do constitucionalismo moderno, consagrando uma maior consciência de cidadania, ao assegurarem direitos aos cidadãos frente aos poderes do próprio Estado, postura que dá ensejo a um inevitável aumento das hipóteses de situações lesivas que importam no dever de indenizar.

Nem sempre a concorrência de terceiros para o dano exime de responsabilidade a administração, quando o dever abstrato de atuação concretizou-se e individualizou num caso concreto, mas a administração pública deixou de operar como deveria, quer seja de forma radical, mantendo-se passiva (omis-

<sup>30</sup> Em sentido contrário a esse posicionamento, portanto, entendendo que os direitos fundamentais constitucionalizados como valores, princípios ou cláusulas genéricas, que reclamem lei posterior que os regulamente, carecem previamente dessa lei para que tenham validade prática, está a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Espanhol (3ª sala), em sentença de 16.10.1979, na qual se reafirmou a doutrina de que quando a lei constitucional remete a regulamentação de algum de seus princípios à lei, o próprio legislador constituinte está reconhecendo a necessidade de lei posterior que desenvolva e limite as declarações de princípios básicos consagrados na lei constitucional em questão (PEREZ LUÑO, 1998, p. 64).

<sup>31</sup> Em qualquer hipótese, os princípios consagrados pelos direitos fundamentais são de aplicação imediata, mesmo que se reconheça a necessidade de lei infra-constitucional que os regulamente, afinal, a lei fundamental pode ser tomada com um significado que representa a postergação dos direitos fundamentais e liberdades públicas. (PEREZ LUÑO, 1998, p. 65).

são absoluta), bem como, quando atuou de forma deficiente ou insuficiente (omissão relativa).

Em se tratando de omissão pura da administração pública, quando o dano não está relacionado com uma situação de risco criada por ela, o dever de indenizar materializa-se no caso concreto, ante a conclusão de que dentro dos serviços públicos a cargo da administração inclui-se algum que tenha por uma das finalidades evitar referido mal.<sup>32</sup>

O critério de avaliação da exigibilidade do serviço público, para os fins de importar a eventual responsabilidade civil do Estado omissor, será tratado detalhadamente, no item imediatamente posterior.

A exigência da comprovação da culpa da administração pública, como condição *sine qua non* para ensejar o dever do Estado de indenizar, em face da omissão, deve ser coadjuvada com a dificuldade (por vezes impossibilidade) do lesado em demonstrar que na *faute du service (public)*, o Estado não se desempenhou como deveria. Afinal, na maioria das vezes, o administrado (lesado) não tem acesso à intimidade da administração pública, notadamente, no que concerne aos seus recursos financeiros, técnicos, normas internas e possibilidades econômico-administrativas.

Comungamos com o entendimento de que, nesse caso, haverá presunção de culpa da administração pública, invertendo-se, assim, o ônus da prova, o que não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois, nessa hipótese, a questão do dever de indenizar se examina e decide, exclusivamente, pelo ângulo do lesado na sua esfera juridicamente protegida, ou seja, a única hipótese de afastar o dever de indenizar é demonstrar que foi o próprio lesado o responsável pela lesão.

Já na mera presunção de culpa da administração pública, será a questão analisada pelo ângulo da omissão Estatal, avaliando se a omissão que resultou no dano é censurada pelo Direito, podendo o Estado produzir prova em contrário (MELLO, 1995, p. 588-589).

Dessa forma, nada impede que o julgador retire de um fato conhecido uma presunção que pode ser afastada pela prova em contrário, o que encontra respaldo na legislação processual civil brasileira (art. 335 do Código de Processo Civil) e portuguesa (art. 349.º, do Código Civil).

### 2.3.1 A Omissão na garantia do direito à vida e à integridade física

<sup>32</sup> O Supremo Tribunal de Justiça de Espanha entendeu que: "Para sentar una conclusión em cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones, explícita o implícitamente, impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a la valoración del rendimiento objetivamente exigible em función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa." (STS de 7 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7393]). (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 242).

Face às Constituições do Brasil e de Portugal, entendemos ser inquestionável a conclusão de que a proteção jurídica ao menor inicia-se antes do nascimento com vida, a despeito do art. 4º do Código Civil brasileiro e art. 66.º, nº 1., do Código Civil português estabelecerem como marco inicial da personalidade jurídica o nascimento com vida.<sup>33</sup>

Não pretendemos aqui ingressar no âmbito da polêmica acerca da legitimidade da legalização do aborto, tema de grande interesse e que há muito desperta os mais acirrados embates, mas a cuja sedução devemos resistir, o que não elide a imperiosa necessidade de registrarmos que a proteção constitucional à vida e à integridade física não está restrita ao prévio nascimento. Mas, ao revés, independe dessa circunstância, pois a norma constitucional estabelece o direito à vida, não de conservação da vida já nascida, abarcando assim todas as formas da vida humana, incluindo o próprio direito ao nascimento.

Antes de adquirir a *plena personalidade jurídica* reconhecida pela lei civil, em face do nascimento com vida, o Estado e o Direito podem e devem intervir na tutela do ser humano, afinal, a Carta Constitucional brasileira e portuguesa sufragaram a garantia à dignidade humana e o direito à vida como sendo base das referidas sociedades, não circunscrevendo qualquer limite a tais garantias, de forma a impor ao poder público o dever de proteger o direito à vida pré-natal e pós-natal de todos, notadamente, em face da fragilidade e debilidade do seu titular, o que impõe maior rigor a essa proteção.<sup>34</sup>

Desde a fase pré-natal, o indivíduo já é único e não repetível, contando com os elementos da personalidade que se desenvolverão no decorrer da sua existência, razão pela qual ele ainda tem a proteção ao desenvolvimento da personalidade, tal como consagrado no art. 26.º, nº 1., da CRP/76, outra garantia constitucional a confirmar que a vida intrauterina já conta com um indisfarçável proteção legal.<sup>35</sup>

Nem mesmo o fato de ser praticamente unânime, nos países onde a prática do aborto é considerada crime, que as penas previstas para esse delito sejam menos severas que as estabelecidas para o crime de homicídio (tal como

<sup>33</sup> A garantia do direito à vida e à dignidade humana, como valor supremo do Estado português e brasileiro, tal como consagrado nas respectivas Cartas Magnas destas nações, evidencia o reconhecimento de uma personalidade jurídica pré-natal, cujo início deve coincidir com o início da vida, tal como é, o fim da vida faz cessá-la. A entender-se de forma diversa, estar-se-ia admitindo a existência de dois tipos de personalidade jurídica, uma delas parcial, pelo fato de ser pré-natal, e outra plena, que se adquiriria com o nascimento com vida (OTERO, 1999, p. 61-62).

<sup>34</sup> Segundo Gonzalez Cussac (1996, p. 823-824), como garantia da referida proteção constitucional dos indivíduos ainda não nascidos, o Direito Penal espanhol prevê tipo penal específico que pune com pena de prisão de dois a seis anos, a manipulação genética que não tenha por objetivo a cura de males hereditários ou enfermidades graves, tal como se infere dos termos do art. 159 do Código Penal espanhol, o que traduz a sua atualidade, reformado em 1995, segundo o qual:

"Art. 159.

1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años."

<sup>35</sup> Sobre a proteção jurídica ao feto e ao embrião, vide Ascensão, 1991, p.430-458.

no Brasil e em Portugal), tem o condão de elidir a conclusão da existência da proteção constitucional da vida pré-natal, pois a referida distinção é motivada por razões sociológicas. Afinal, um tipo de lei tutela a vida já nascida, que venceu todo o processo de gestação, independente, autônoma e capaz do relacionamento social igualitário, o que não se pode dizer quanto ao tipo penal que tutela a vida do nascituro.

Essa tutela do nascituro é devida, não apenas em face de ações que resultem danos à sua saúde ou integridade física, como garantia do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da personalidade mas também em face de omissões das quais advenham as mesmas consequências,<sup>36</sup> desde que haja dever jurídico de agir, seja esse por força de lei ou negócio jurídico.

Considerando a amplitude das hipóteses em que emergem o dever estatal de assegurar o direito à vida e à integridade física dos menores, direitos dos mais garantidos na Constituição brasileira e portuguesa, ante a farta enumeração normativa já referida, não há resposta pronta para definir *a priori* o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria o Estado legalmente adstrito, como limite a ensejar a responsabilidade em face da omissão.

Estamos, assim, ante ao grande problema enfrentado pelo aplicador do Direito nessa seara, que se deve atentar aos *standards* (como parâmetros), que deverão corresponder às prestações administrativas devidas, os quais, na medida do possível, devem ser estabelecidos pelo Poder Legislativo, de forma a orientar os tribunais e não serem construídos por eles.<sup>37</sup> O que não elide a possibilidade dos tribunais estabelecerem parâmetros para apurarem a referida responsabilidade, considerando o rendimento médio do serviço, ante a eventual falta de critério legal ou regulamentar para tanto.

Cabe aos tribunais a materialização dos valores e direitos em favor dos cidadãos contidos na Constituição, não obstante o risco deles considerarem os parâmetros de normalidade do serviço, em níveis desproporcionados

<sup>36</sup> Como corolário da conclusão de que pode haver responsabilidade civil pela ação ou omissão lesiva à integridade física e moral do nascituro, está o art. 1.878 do CC português, segundo o qual os pais têm o dever de zelar pela segurança e saúde dos filhos, de forma a impor-lhes um dever jurídico, que caso desatendido, poderá redundar na responsabilidade deles em indenizar a vítima, tal como no caso da mãe que não administra medicamento necessário ao normal desenvolvimento da gravidez, quando lhe era possível fazê-lo, ou da genitora que faz greve de fome durante a gestação, o que resulta em malefícios para o filho (SOUZA, 1995, p. 156-157).

<sup>37</sup> Acerca da inquietação de que cabe ao Legislativo estabelecer os critérios que representem *standards* a serem observados para auferir se no caso concreto houve atraso, omissão ou má atuação da administração pública, capaz de ensejar a responsabilidade civil do Estado pelos tribunais, não sendo essa missão dos tribunais, a doutrina espanhola com propriedade tem advertido que, em princípio, cabe ao legislador estabelecer os critérios, regras, parâmetro objetivo de qualidade, em suma, os *standards* que devem servir de referência ao juiz para que no caso concreto averigüe se houve incumprimento, omissão ou demora que resultou na existência de lesão ao administrado, portanto, a má atuação administrativa e o conseqüente dever de indenizar, pois, na ausência deles, caberá ao subjetivismo do julgador no caso concreto estabelecer o que entende por *critério de rendimento médio do serviço*, com o risco dos tribunais considerarem os níveis de normalidade de serviços, muito acima ou abaixo da qualidade e capacidade dos serviços do país (AHUMADA RAMOS, 2001, p. 241).

com a qualidade dos serviços e capacidade do país.

Essa dificuldade prática de previamente se estabelecerem tais parâmetros não representa impossibilidade que seja apurada, no caso concreto, a responsabilidade do Estado em face de danos suportados pelo administrado, quando se deve tomar por referência o estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e a conjuntura da época, bem como o nível de expectativa que o próprio poder público depositou no serviço público omissivo, insuficiente ou inadequado, para o que se deve atentar às normas por meio das quais o próprio poder público obrigou-se a prestá-lo, tudo sob a orientação da presunção de culpa da administração, com a inversão do ônus da prova já referida.

Não há dúvidas de que a responsabilidade civil do Estado, na administração pública, emerge da omissão das suas obrigações, caracterizando uma verdadeira falta que, efetivamente, lesione os direitos ou bens juridicamente protegidos dos cidadãos.

Nas hipóteses em que se pretende uma declaração de responsabilidade civil da administração pública, em face da omissão nos deveres de ordenação e controle que detém sobre certas atividades privadas, em face da norma jurídica que regula as suas competências tal como a saúde, não se pode considerar o princípio da responsabilidade objetiva para dar azo ao dever estatal de indenizar, evitando que o Estado se converta em segurador universal, devendo-se demonstrar que a administração pública não cumpriu um dever de cuidado.

Sem nos desviarmos do objeto do presente trabalho, o qual se refere ao direito à vida e integridade física dos menores, é mister consignar que para caracterização do dever de indenizar, em face da omissão, é imprescindível que a atividade devida seja materialmente possível.

A impossibilidade material da consecução do estabelecido na norma afasta a responsabilidade estatal, razão pela qual os deveres postos a cargo da administração devem ser confrontados com a realidade fática do momento em que se aplica, tal como se passa em situação de conflito armado.

Podemos assim concluir que, em face de eventuais lacunas no âmbito normativo que orientam os tribunais, na busca de estabelecerem parâmetros para deduzir pela responsabilidade do Estado no caso concreto, para além dos fatores já relacionados, o julgador deve atentar para “[...] a falta de concretização dos direitos no caso concreto, o vínculo da administração aos fins que justificam seu poder e o encargo.” (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 246). O que também deve servir como parâmetro para valorar a legalidade do exercício ou da falta de exercício do poder administrativo.

### 2.3.2 O dano indenizável e a responsabilidade civil do Estado em face da omissão

Como já mencionamos no ponto anterior, não é qualquer dano que sofre o particular em face da administração pública, que é passível de indenização.

Demonstramos que a primeira condição para ensejar o dever de indenizar é a lesão a um direito, nos moldes já referidos, o que não esgota os requisitos necessários para que exsurja o dever de indenizar do Estado.

É necessário ainda que o dano seja certo, já ocorrido, não apenas eventual ou possível, o que não impede que se incluam entre os danos efetivos aqueles que ainda estão por vir, quando da sentença que determina a indenização (danos futuros), não obstante exista a antecipada certeza do seu suceder com o tempo.

Os danos indenizados não se limitam aos meramente econômicos, mas também os são os danos morais, que apesar de poderem acarretar consequências econômicas para o lesado, tal elemento não é condição para ensejar o dever do Estado de indenizar.

Os danos indenizáveis devem ser economicamente auferíveis, o que não importa na conclusão de que apenas os danos a direitos patrimoniais são indenizáveis, mas também os danos a direitos personalíssimos, como é o caso do direito à vida e integridade física.

Dessa forma, a consequência econômica para o lesado da violação no dano moral não é condição para a indenização, sendo que o art. 5º, X, da CF/88, é claro ao estabelecer que é devida a indenização ao lesado em face do dano material ou moral.

A Constituição portuguesa (art. 26.º, nº 1.)<sup>38</sup> garante a todos o direito ao bom nome, reputação, imagem e desenvolvimento da personalidade, dentre outros direitos fundamentais. Não fica afastada a hipótese da responsabilidade civil do Estado português em face do dano moral, o que também está a garantir o dever estatal de indenizá-lo.

Em se tratando de lesão pessoal ou morte da vítima, que é o objeto central da presente investigação, a indenização não pode ser avaliada estritamente em termos econômicos, pois o direito em questão não tem conteúdo econômico, razão pela qual deve abranger os eventuais aspectos materiais

---

<sup>38</sup> "Art. 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação."

advindos com a lesão, tais como: as despesas de sepultamento e a prestação de alimentícia, para quem o falecido a devia (caso o menor, por exemplo, já fosse pai), admitindo reajustamento para acompanhar eventual elevação do custo de vida, em face do seu caráter alimentar, deverá ainda ser estabelecida uma justa compensação, observando-se as circunstâncias pessoais da vítima do dano (a idade, o estado etc.), o caráter dos danos (gravidade, conseqüências para a vítima) e sua duração de seus efeitos (temporal ou permanente).

Caso o dano ocorrido seja a morte do menor, seguramente, não há forma de compensar o falecido pela sua morte, devendo assim se entender que a omissão administrativa também lesou o direito dos seus familiares em não serem privados da companhia da vítima. Essa lesão traduz-se no sofrimento moral causado pela perda injusta de um ente querido que, apesar de não ser materialmente reparável, pois não se pode retomar a vida do falecido, pelo que faz o sofrimento dos familiares (tão pouco seja esse propriamente indenizável), devem os Tribunais declararem em favor da outra vítima (os familiares), uma compensação econômica que, se não pode minorar a dor produzida, ao menos provocará um estado de ânimo para que de alguma forma atue compensando o sofrimento.

Questão que merece destaque nessa oportunidade e que sempre se revelou objeto de acirrado debate, compreende em saber se a responsabilidade civil em face de ações ou omissões médicas, quando praticadas em estabelecimentos públicos de saúde, devem ser qualificadas como responsabilidade por atos de gestão privada ou responsabilidade por atos de gestão pública.

Tal conclusão é relevante por vários motivos, afinal ela indicará o direito aplicável e os sujeitos responsáveis pela indenização. Em última análise, onde haja tribunais administrativos (como é o caso de Portugal), a resposta ao referido questionamento ainda apontará o órgão competente para o julgamento.

Essa questão já era objeto de longo debate da doutrina portuguesa, até que o legislador regulou a matéria no Decreto-Lei nº 373, de 08.09.1979, posteriormente, no art. 12 da Lei nº 56, de 15.09.1979 (Lei de Base do Serviço Nacional de Saúde), expressamente qualificando a responsabilidade por atos médicos praticados nas condições referidas, como sendo atos de gestão pública.

No entanto, a nova Lei de Base do Serviço Nacional da Saúde (Lei nº 48, de 24.08.1990) não regulou a matéria, o que fez ressurgir a polêmica.

Dúvidas não restam de que, na gestão privada, a administração pública desenvolve a sua atividade ao abrigo do Direito Privado, enquanto na gestão pública, a atividade é desenvolvida nos termos do Direito Público. O que nem sempre é fácil de distinguir, notadamente, quando o dano advém de uma

operação material ou pertencente a uma atividade não jurídica da Administração Pública, portanto de caráter eminentemente técnico.

Conforme bem acentua a doutrina portuguesa, no desempenho dos serviços que o Estado institui, seja de educação, construção, assistência, saúde etc, há uma parte dessa atividade que é jurídica, traduzida pelos agentes públicos responsáveis pela administração e gestão financeira do hospital, escola, obra, asilo etc. Há outra parte da atividade desenvolvida que é eminentemente técnica, como dos professores, engenheiros, assistentes sociais, médicos etc, sendo, nesses últimos casos, que a determinação de existir gestão pública ou privada apresenta-se mais complexa (AMARAL, 1991, p. 123-131).

A par de judiciosas teorias que buscam solucionar a questão, tais como a *teoria da natureza material da atividade*, a *teoria dos poderes de autoridade* e a *teoria do enquadramento institucional*,<sup>39</sup> o Tribunal de Conflitos de Lisboa, em Acórdão de 05.11.1981, entendeu que, na distinção dos atos de gestão pública e dos atos de gestão privada, o que de fato importa é que se trata do exercício de uma função pública regulada por normas de Direito Público, inclinando-se assim para a teoria do enquadramento institucional.<sup>40</sup>

Tendo por base o posicionamento do referido Tribunal, fica claro que, apesar dos médicos que exercem as suas funções em hospitais públicos não as exercerem materialmente de forma distinta dos que exercem em clínicas privadas, e deles não exercerem poder de autoridade sobre os pacientes (o

<sup>39</sup> Para a *teoria da natureza material da atividade*, para se concluir se um ato é de gestão pública ou privada, deve-se atentar para as características substanciais da atividade desenvolvida, de forma que, se essa atividade for desenvolvida materialmente de forma distinta daquela que o particular a desenvolve, será ato de gestão pública, caso contrário, será de gestão privada. Como materialmente um médico desenvolve sua atividade em um hospital público da mesma forma que o faz em sua clínica particular, seus atos são de gestão privada. Segundo a *teoria dos poderes de autoridade*, sempre que houver exercício de poder de autoridade no ato empreendido, ele será de gestão pública. Não havendo relação de autoridade pública entre o médico e o paciente, não há ato de gestão pública. Finalmente, defendem os adeptos à *teoria do enquadramento institucional* que aquilo que importa para verificar se um ato é de gestão pública ou privada, é a verificação se o exercício da função pública é ou não regulada por normas de direito público, havendo ou não exercício do poder de autoridade.

Entendemos que a *teoria do enquadramento institucional* apresenta-se como a mais coerente para solucionar a questão, uma vez que a *teoria da natureza material da atividade* atenta-se exclusivamente para a forma material de realização do ato pelo agente, enquanto a existência da distinção de atos de gestão pública para os atos de gestão privada ocorre devido ao direito que rege a atuação da administração pública. Apesar da *teoria dos poderes de autoridade* se basear na acertada conclusão de que quando a Administração Pública atua com poderes de autoridade está havendo ato de gestão pública, ela não é suficiente para resumir toda a questão, já que há situações em que, apesar do agente não atuar com poder de autoridade, sua atividade é adstrita a deveres e restrições especiais, impostos por exigência do interesse coletivo (AMARAL, 1991, p. 128).

<sup>40</sup> Conforme referida decisão: "[...] são actos de gestão pública os praticados pelo órgão ou agentes da Administração no exercício de um poder público, ou seja, no exercício de uma função pública, sob o domínio de normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coerção", enquanto "são actos de gestão privada os praticados pelos órgãos ou agentes da administração, em que esta aparece despidida do poder público e, portanto, numa posição de paridade com o particular ou os particulares a que os actos respeitam e, daí, nas mesmas condições e nos mesmos regimes em que poderia proceder um particular com inteira submissão às normas do direito privado." (AMARAL, 1991, p. 128-129).

que afastaria o conceito de gestão pública da atividade, sob a óptica da teoria da natureza material da atividade e dos poderes de autoridade), as suas atividades são desenvolvidas sob a égide de normas de Direito Público, pois estão condicionados a deveres e restrições especiais.

Nos termos do entendimento jurisprudencial já referido, o qual acolhe a teoria do enquadramento institucional, concluímos que a atividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde é uma atividade de gestão pública, em razão do que a responsabilidade civil pelas omissões na garantia da vida e integridade física praticada nesses hospitais dá ensejo à responsabilidade civil do Estado, desde que o profissional responsável pelo ato tenha atuado como funcionário público.

### **2.3.3 A responsabilidade civil do Estado em face dos danos ocorridos em estabelecimentos de internação de menores**

Em face da abundância de casos que relatam as mais bárbaras sevícias, maus-tratos e, até mesmo, atentados contra a vida daqueles que são recolhidos em estabelecimentos, que deveriam ter como fim a sua recuperação, o que também pode ser dito em relação aos recolhidos em centros penitenciários, merece destaque na questão da análise do dever do Estado essa situação, pois, se de um lado, apontando para o reconhecimento do dever de indenizar, está o fato desses estabelecimentos serem administrados pelo Estado, que ainda é o responsável pela determinação do recolhimento do menor infrator, de outro lado, está a circunstância muito freqüente de que esses trágicos eventos são resultados de animosidades ou ajustes de contas entre os próprios internos.

Na seqüência da relação causal que resultou em dano para o interno, sempre estará o fato do Estado ter sido o responsável de ele ter sido levado e mantido contra sua vontade no lugar onde o dano ocorreu.

Apesar dessa máxima ser verdadeira, não pode ser por si só geradora de eventual responsabilidade civil, impondo eventual dever do Estado de indenizar, pois o interno estava obrigado a suportar a sua internação naquele lugar, em virtude do ato infracional praticado, ou seja, estava obrigado a suportar a privação da sua liberdade, o que não dá ensejo à indenização.

Nesse sentido, para que advenha o dever do Estado de indenizar, deve-se verificar a culpa da administração pública.

Em face da situação de total submissão do interno, o dever do Estado de indenizar os danos suportados por aquele deve ganhar maior elasticidade, resguardando os legítimos interesses daqueles que se vêem injustamente lesionados e subjugados à incúria do Estatal.

O ponto de partida para que se estabeleça a responsabilidade civil do Estado nessas situações é distinguir o nexo de causalidade fática, resultante da ação do agressor que deu causa ao dano à vítima, da causalidade jurídica, a qual tem por objeto a verificação da posição jurídica que tem o sujeito passivo da reclamação (no caso o Estado), em face do bem lesionado (a integridade física ou a vida da vítima).

A conclusão é de que, nos casos de custódia em estabelecimentos Estatais, a administração tem o dever de velar pela vida e integridade física dos internos, sendo direito deles que a administração ponha todos os meios ao seu alcance para evitar que sejam agredidos ou mortos, quer seja pelos agentes da autoridade ou pelos outros internos. Dessa forma, se tal ato ocorreu, é porque a administração assim não procedeu, exceto casos muito excepcionais por ela justificados, sendo ônus do Estado a sua prova.<sup>41</sup>

O mero fato do agressor haver se valido de uma arma para penetrar o corpo da vítima e assim levá-la ao óbito ou lesioná-la já evidencia a responsabilidade patrimonial da administração, pois, apesar dela não ser a responsável direta pelo ato em questão, na mesma medida em que o agredido está obrigado a suportar a sua manutenção em custódia, pelo ato infracional praticado, a administração é responsável pela manutenção da integridade do mesmo, inclusive por meio de revistas e vigilância que impeça o porte de armas, no interior de estabelecimentos prisionais, mesmo brancas e confeccionadas artesanalmente.

Referida doutrina amplia sobremaneira o dever do Estado de indenizar, caso os danos tenham ocorrido no interior do estabelecimento prisional, onde é dever da administração a manutenção de medidas rígidas de vigilância, não apenas no sentido de impedir fugas mas também e, principalmente, de manter a integridade física dos internos.

## **2.4 A responsabilidade em face da omissão legislativa e os instrumentos de controle**

Para que a Carta Constitucional não se torne apenas um catálogo de intenções, sem qualquer aplicabilidade prática ante a inércia do legislador, deve conter mecanismos de autodefesa, com vistas a garantir o propósito de dar concretude prática aos seus fins.

<sup>41</sup> Entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol que: *"la administración tiene el deber de velar por la vida de los internos; ello le impone la realización de todos los actos necesarios para garantizarla y la omisión de impedir resultados lesivos de la vida generará, consecuentemente, responsabilidad, cuando la realización de las acciones hubiera impedido con alto grado de probabilidad la producción de dichos resultados."* (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 261).

Como algumas normas constitucionais não gozam de aplicabilidade imediata, elas carecem de dispositivos que as regulamentem e assim lhe dêem eficácia prática, para o que dependem da ação legislativa posterior.

Há, ainda, normas constitucionais pragmáticas, que carecem de atos normativos ou regulamentares do Poder Executivo, com vista a lhes conferir plena eficácia e exequibilidade.

As omissões que representam inconstitucionalidade não são apenas referentes a atos de conteúdos normativos, uma vez que podem haver inconstitucionalidades por omissão nas funções políticas ou de governo, bem como na revisão constitucional.<sup>42</sup>

Conclui-se, assim, que se incumpra a Constituição não apenas por ações mas também em face de omissões daqueles que são constitucionalmente incumbidos do dever de agir.

A primeira Carta Constitucional a consagrar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi a Constituição iugoslava de 1974, seguida da Constituição Portuguesa de 1976, que inspirou a Constituição brasileira de 1988 (MIRANDA, 2001, t. 6, p. 277), a qual consagrou a inconstitucionalidade por omissão em seu art. 103, § 2º.

O legislador constituinte brasileiro ainda estabeleceu um outro instrumento de controle da omissão inconstitucional, qual seja, o mandado de injunção.

Dentro do objeto de investigação do presente trabalho, em face do ordenamento jurídico brasileiro, em vigor, entendemos que a omissão legislativa em detrimento do direito à vida e integridade física dos menores, a qual é digna de nota, refere-se à imperiosa necessidade de normatizar as pesquisas envolvendo os seres humanos nas áreas da genética e reprodução humana, o que, atualmente, é apenas regulamentado por meio da Resolução nº 196, de 10.10.1996, do Conselho Nacional de Saúde, a qual não conta com força de lei.

Com o desenvolvimento das modernas técnicas biomédicas e com o avanço da utilização delas em fase anterior, a nidificação do óvulo fecundado no útero materno (nidação) é ilegítima e atentatória à proteção constitucional de qualquer manipulação das informações genéticas que instrumentalize o embrião, quer seja para criar seres mais fortes, inteligentes, resistentes ou mesmo

<sup>42</sup> Miranda (2001, p. 273) acena com exemplos de inconstitucionalidade por omissão de atos políticos: a não-marcação de eleições no prazo constitucional, quando houver dissolução de órgão colegial baseado no sufrágio direto, tal como estabelecido pelo art. 113º, nº 6, da CRP/76, a não-designação de titulares de cargos constitucionais, a não-promulgação de leis pela Assembleia da República, entre outros. E como exemplo de inconstitucionalidade por omissão na revisão constitucional, quando a Carta Constitucional objeto de revisão, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de alguns de seus preceitos ou de seus institutos.

meros reservatórios de órgãos.

Além de afrontar a garantia constitucional da dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade, a manipulação das informações genéticas ainda fere o que, atualmente, é reconhecido e declarado como direito do indivíduo à herança genética, o qual foi inicialmente identificado no XIV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Viena, em outubro de 1989 (ANDRADE, 1989, p. 383), posteriormente consagrado no art. 13 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, subscrita por Portugal e publicada no Diário da República, I Série – A, de 03.01.2001.<sup>43</sup>

A omissão legislativa ao regular tão importante matéria pode levar a responsabilidade civil do Estado, que faculte a instalação de verdadeiro *paraiso* para a pesquisa genética na sua fronteira, em detrimento do direito à vida e herança genética. Essa responsabilidade emana da não-observação do princípio reitor do constitucionalismo, segundo o qual o reconhecimento, respeito e proteção dos princípios fundamentais da Constituição devem reger a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos.<sup>44</sup>

A missão maior do Legislativo é garantir e dar operacionalidade aos direitos fundamentais consagrados na Constituição certificando-se de sua pronta regulamentação. De forma que, caso não o tenha feito, facultando assim a lesão a um particular ou grupo individualizado, a responsabilidade Estatal tem natureza objetiva.

#### 2.4.1 A ação de inconstitucionalidade por omissão

No Brasil, têm legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade por omissão os órgãos e entidades relacionados no art. 103, *caput*, da CF/88, sendo competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal – STF.

---

<sup>43</sup> “Art. 13º

Intervenções sobre o Genoma Humano

Uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.”

<sup>44</sup> Nesse ponto, mister reconhecer a existência de posicionamento no sentido que para ensejar responsabilidade civil do Estado em face de uma não regulamentação que se considere devida, deve haver a conjunção de dois fatores: primeiro, é que haja um mandamento legal que contenha o dever de editar a norma e, segundo, que o dever seja estabelecido de forma concreta e precisa, não de forma abstrata e genérica. Nesse sentido, entende referida doutrina que a responsabilidade civil do Estado não pode emergir de uma das várias interpretações possíveis da lei, para evitar que se estabeleça uma responsabilidade universal do Estado (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 282).

Apesar do legislador brasileiro haver se inspirado na Constituição portuguesa para consagrar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, foi além do modelo português, que se limita a examinar eventual “[...] omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.” (art. 283., 1., da CRP/76),<sup>45</sup> pois, no Brasil, ela também pode ser manejada em face da recalcitrância de órgãos administrativos na edição “[...] de medida para tornar efetiva norma constitucional [...]” (art. 103, § 2º, da CF/88).

A norma que consagrou a ação de inconstitucionalidade por omissão no Brasil não contém a locução *medida legislativa* para identificar o objeto do seu controle, tal como fez a Constituição portuguesa, legitimando, assim, que ela também seja manejada em face de medidas para tornar efetiva a norma constitucional, inclusive em face de órgãos administrativos, tal como é explicitamente consagrado.

Sendo assim, merece atenção a verificação da possibilidade de manejo desse instrumento, para garantia do direito à vida e integridade física dos menores, em face da ausência de atos administrativos concretos, necessários a tal desiderato, tal como a construção de um hospital numa região carente, de uma unidade de terapia intensiva neonatal, onde haja grande índice de mortalidade infantil pela falta de tratamento adequado pós-parto, ou mesmo de uma unidade de recuperação de menores infratores, onde eles estejam sendo amontoados em situações similares aos dos campos de concentração nazistas.

Apesar da amplitude da norma constitucional que consagra a ação de inconstitucionalidade por omissão, ao interpretá-la, o STF brasileiro, o qual dá a última palavra acerca da interpretação da norma constitucional, entendeu que, nessas hipóteses, ou em outras assemelhadas, não é cabível o manejo da ação de inconstitucionalidade por omissão, pois essa não pode pretender dar ensejo à prática de um ato em caso concreto, mas para que seja suprida omissão de medida exclusivamente de caráter normativa, necessária ao cumprimento do preceito constitucional.

Conclui-se, assim que, mesmo sendo admissível a utilização da ação de inconstitucionalidade por omissão de órgãos administrativos, ela apenas tem cabimento para a verificação da não-edição de atos normativos, tais como regulamentos, decretos, instruções, ou seja, atos que contenham regras gerais e abstratas que, apesar de não serem leis, em sentido formal, apresentam-se como tal no aspecto material.

## 2.4.2 O mandado de injunção

---

<sup>45</sup> “Art. 283.º (Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.”

Com vistas a ratificar o seu propósito de dar plena eficácia e aplicabilidade aos preceitos constitucionais, o legislador constituinte inseriu na Constituição Federal de 1988 a inovação do mandado de injunção (art. 5, LXXI), o qual não tem precedente na legislação portuguesa.

Interessante ressaltar que, com a promulgação da referida Carta Magna, instalou-se a polémica a respeito da necessidade ou não de regulamentação do próprio mandado de injunção, ou seja, se era ou não auto-aplicável.

A despeito da posição dos que sustentavam que a norma constitucional que estabeleceu o mandado de injunção carecia de regulamentação, pois não era previsto o seu processamento judicial, felizmente essa doutrina foi minoritária, prevalecendo o entendimento de que a regulamentação processual já existente oferecia os meios suficientes ao seu processamento e julgamento.

Para tanto se devem aplicar de forma análoga as normas pertinentes ao mandado de segurança, o que foi consagrado pelo STF brasileiro, inclusive ao argumento de que a Lei nº 8.038, de 28.05.1990, a qual regula as normas procedimentais perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, estabelece que, enquanto não foi editada lei específica, no que couberem, as normas processuais do mandado de segurança devem aplicar-se ao mandado de injunção.

Seria mesmo um contra-senso que o constituinte criasse um remédio garantidor do texto da Constituição, com vistas a evitar que a mora do legislador na regulamentação de importantes dispositivos levasse ao desprestígio da Constituição, que ficasse a padecer do mesmo mal que tentou evitar, ou seja, a incúria do legislador infraconstitucional.

Apesar do paralelismo existente entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade, elas são figuras distintas.

Pela simples leitura do texto constitucional que o consagrou, no que concerne ao objeto da sua proteção, conclui-se que o mandado de injunção não tem a amplitude da ação de inconstitucionalidade por omissão, pois enquanto ela pode ser utilizada com vistas a tornar efetiva qualquer norma constitucional, o mandado de injunção só pode ser manejado para a garantia de direitos e liberdades constitucionais, bem como na garantia das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, que estejam sendo inviabilizadas pela ausência de norma regulamentadora.

Conforme a melhor doutrina, não apenas brasileira mas até mesmo de autores lusitanos que nos dignificaram, ao estudarem a matéria sob a ótica do Direito brasileiro, a inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de fiscalização abstrata, com vistas a dar ciência ao Poder competente que deve

adotar providências para tornar efetiva uma norma constitucional. O mandado de injunção é uma modalidade de fiscalização concreta, em que a sentença suprirá a ausência da norma regulamentadora, traduzindo a sua natureza não apenas mandamental mas satisfatória no caso concreto, sem efeito *erga omnes*, pois o Judiciário não pode legislar, o que representaria usurpação da titularidade do Legislativo.

Ainda conforme o entendimento doutrinário majoritário, como forma de moderar o poder do magistrado, ao conferir natureza satisfatória à decisão proferida em mandado de injunção, que não seria cabível quando importasse na organização de serviços ou alocação específica de recursos ou de serviços públicos, o que representa implicações de grande vulto, redundando na invasão da esfera privativa do Executivo e Legislativo pelo Judiciário, sendo as implicações dessa decisão carregada de inconstitucionalidade (PASSOS, 1999).

Apesar da doutrina corrente caminhar nesse sentido, a jurisprudência do *pretório* brasileiro é firme em sentido mais conservador, ou seja, de que o mandado de injunção não legitima a veiculação de provimento normativo que destine a substituir a norma faltante, de forma a equiparar o mandado de injunção à inconstitucionalidade por omissão, por entender que só assim estar-se-ia observando o princípio constitucional da separação dos poderes.

Não podemos deixar de registrar que as mais recentes decisões em que esse tema é considerado, referido Tribunal tem dado um passo mais à frente, indo além da mera e por vezes inútil comunicação da omissão normativa ao órgão competente, a fim de que ele supra a omissão, mas tem conferido prazo para tanto, sob pena do requerente ver suprida a inércia e satisfeita sua pretensão pelo próprio Judiciário, na mesma decisão lançada (VELOSO, 1999, p. 314-315).

Com essas considerações acerca do tema, concluímos que, apesar do mandado de injunção ser cabível para a garantia do direito à vida e integridade física dos menores, como garantia de direitos e liberdades constitucionais, mesmo aceitando a tese de que este tem natureza mandamental e satisfatória ao caso concreto (conforme entendimento da doutrina dominante, o que contrasta com a posição adotada pelo STF), impõe-se a conclusão de que ele não pode ser manejado para a organização de serviços ou alocação específica de recursos ou serviços públicos (para que o julgador não invada a esfera privativa do Legislativo ou do Executivo), razão pela qual o seu manejo na garantia do direito à vida e integridade física dos menores fica totalmente inviabilizado.

## **2.5 A responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação**

## judicial

O primeiro esforço de exegese sobre o tema importa numa análise detida do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de verificar se ele admite a responsabilidade civil extracontratual do Estado por fato ilícito decorrente da função jurisdicional, notadamente, pela denegação, omissão ou demora na prestação jurisdicional.

Numa ampla análise, pode-se considerar que toda a deficiência na organização ou exercício da função jurisdicional, que importe na falta do Estado, quanto ao seu dever de proteção judiciária, configura a denegação da prestação jurisdicional capaz de ensejar a responsabilidade estatal.

Numa ação levada aos tribunais, o juiz não pode se eximir de aplicar o direito, negar a prestação jurisdicional, o que não importa na conclusão de que a responsabilidade do Estado pela omissão da prestação jurisdicional esgota-se aqui, pois ela também pode compreender a recusa de acesso ao Judiciário, a execução de uma sentença e a negligência no andamento processual, tal como se verifica nos termos do art. 25º, nº 1 e 2, da Convenção Americana dos Direitos do Homem, subscrita pelo Brasil,<sup>46</sup> bem como do art. 6º, nº 1, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, subscrita por Portugal e aprovada pela Assembléia da República Portuguesa.<sup>47</sup>

Desde uma perspectiva mais ampla, a responsabilidade estatal também pode emergir da escassez de recursos para que um cidadão tenha acesso satisfatório e amplo à prestação jurisdicional (por exemplo, pela falta de re-

---

<sup>46</sup> "Art. 25º Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efectivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam a atuando no exercício das suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpusse tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso."

<sup>47</sup> "Art. 6º Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial aos interesses da justiça."

cursos ao pagamento de taxas judiciais), o que tem cunho notadamente social.

Nesse quadro, a responsabilidade civil do Estado em face da demora na prestação da tutela jurisdicional é digna de destaque, pois ele revela-se como sendo o problema crônico que acomete todo o sistema da prestação jurisdicional brasileiro, podendo assim resultar em prejuízo para a integridade física e até mesmo a vida do menor que esteja a depender de uma decisão judicial, por exemplo, para ver custeada pelo Estado uma intervenção médica terapêutica em estabelecimento médico privado, haja vista a falta de disponibilidade no serviço público de saúde.

No ordenamento jurídico francês, há disposição expressa no sentido que “o Estado é obrigado a reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso do serviço de Justiça.” (art. 11, da Lei de 05.07.1972), o que não há no ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito dessa ausência, é segura a responsabilidade do Estado em face da função jurisdicional, não penas pelas razões já sustentadas mas também porque, a despeito do magistrado não ser compreendido como mero funcionário público, senão em sentido genérico, mas sim como sendo órgão de um poder do Estado, o art. 37, § 6º, da CF/88 não impõe qualquer restrição à responsabilidade civil extracontratual do Estado, derivada da natureza das funções desempenhadas pelos titulares dos seus órgãos públicos ou agentes públicos.

Quanto a eles não importa o título jurídico da sua investidura, pois, se todos são iguais perante a Constituição, também são os juízes.

A responsabilidade civil do Estado pela prática de ações ou omissões judiciais apresenta-se ainda mais segura, quando se verifica que o art. 37, § 6º, da CF/88 (tal como o art. 22.º da CRP/76), consagra o princípio da responsabilidade patrimonial das entidades públicas pelos danos que causaram aos cidadãos, o que no judicioso entender de Canotilho e Moreira (1993, v.I, p. 185) é da natureza do Estado democrático de direito o princípio geral de que aqueles que causem dano a outrem tenham o dever de repará-lo.

Não obstante o Processo Civil brasileiro ser norteado pelo princípio da iniciativa das partes, desde que esse adquiriu um matiz social, o juiz deixou de ser sujeito meramente passivo, devendo dirigir o processo (art. 262 do CPC brasileiro) e velar pela sua pronta solução (art. 125 do CPC brasileiro). Nesse mesmo sentido, está a legislação processual civil portuguesa (art. 266.º, do CPC português), a qual acentua o dever de diligência do magistrado.

Seguindo a regra geral da responsabilidade civil do Estado pela omissão, no caso da omissão judicial, é necessário que se demonstre a culpa pela prática de fato ilícito, representado pela violação de um mandamento legal

que imponha o dever de agir.

Para que se conclua pela responsabilidade civil do Estado em face da omissão, traduzida pela demora na tutela da prestação jurisdicional, sequer é necessário recurso a normas internacionais já citadas, pois, para além de configurar o desrespeito à norma disciplinadora da atividade processual, ela, principalmente, representa uma violação a direito fundamental.

Nesse último aspecto, devemos entender o direito a uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas, como sendo uma dimensão do direito à proteção jurisdicional determinada pelo art. 5º, XXXV, da CF/88 e art. 20º, nº 1., da CRP/76.<sup>43</sup> De forma que, mesmo não sendo um direito fundamental autônomo, seguramente, está inserido naquele já mencionado, tendo como titular todo o particular que seja parte de um processo judicial, não se restringindo ao processo penal.

Para que se configure a violação referida, deve haver uma dilação indevida, ou seja, para além de um prazo razoavelmente necessário a pôr termo a um processo.

Posta a questão, é inevitável o questionamento acerca de como se verificar a caracterização da *dilação indevida*, ou não-julgamento no *prazo razoável*, em face da normal (ou anormal) morosidade judicial, afinal, é necessário distingui-la do estrito incumprimento pelo aparelho judicial dos prazos estabelecidos na norma processual, para se evitar que o Estado não se torne um segurador universal, inviabilizando a execução de suas múltiplas funções.

O direito à prestação jurisdicional livre de dilações indevidas é revestido de um conceito jurídico indeterminado ou aberto, pois a lei que os consagra e trata de sua aplicação não determina com necessária exatidão a medida concreta para a aplicação do mesmo a um caso particular.<sup>44</sup>

Por conseguinte, é necessário que se estabeleçam critérios para que, num caso concreto, seja possível avaliar a razoabilidade de eventual dilação

<sup>43</sup> "Art. 20." (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos."

<sup>44</sup> Neste sentido caminha doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, o qual já entendeu que: "este concepto (el de proceso sin dilaciones indebidas) es manifiestamente un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. La remisión que el artículo 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de los Derechos Humanos (TEDH) al aplicar la norma contenida en el art. 6º.1. del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, según le cual toda persona tiene derecho que su causa se oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial." (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 153).

processual, traduzida pelo julgamento fora do prazo estabelecido em lei, de forma que haja uma unidade para a solução justa do reconhecimento de uma dilação indevida num caso em concreto, capaz de resultar na responsabilidade civil do Estado.

Acerca do tema, com propriedade já se posicionou Canotilho (1991, p. 293-307), segundo o qual três são os elementos a avaliar em face do caso concreto, para que se possa concluir se houve uma *dilação processual indevida*, por consequência, capaz de ensejar a responsabilização civil do Estado, que são: a *complexidade do assunto*, o *comportamento dos demandantes* e a *conduta das autoridades judiciais*.

A doutrina e jurisprudência espanhola utilizam um critério para apurar o dever do Estado de indenizar, em face do julgamento de um processo fora do prazo razoável, em muito semelhante com o ora exposto, inclusive no que concerne aos elementos informadores do conceito de *dilação indevida*, quais sejam: a complexidade do processo, a conduta dos litigantes e das autoridades intervenientes, bem como nas consequências para as partes que advenham da demora para o julgamento (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 176-177).

A *complexidade do assunto*: não há dúvidas de que o rígido cumprimento de absolutamente todos os prazos e termos que as normas processuais estabelecem constitui a melhor garantia de direito ao bom funcionamento do aparelho judicial.

Não obstante, é inegável que na atualidade, não apenas no caso do Brasil e Portugal, mas de outras nações que carecem de problemas estruturais no aparelho judicial, tal como a carência de funcionários e recursos, bem como do grande volume de processos, o rígido cumprimento de todos os prazos processuais constitui uma verdadeira utopia.

Sem se descuidar da máxima de que a Justiça tardia é Justiça denegada, prevalece o entendimento de que a evolução do Direito interno, a incerteza da forma como devem ser abordados os novos temas que surgem em face da evolução social e das relações humanas, em suma, a complexidade da causa que deve ser avaliada em face desses elementos, tem grande relevância para qualificar o caráter da dilação como indevida e impor o dever de indenizar, pois não são os prazos processuais constitucionalizados como direitos fundamentais, mas de uma prestação jurisdicional em um prazo razoável.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Assim já se posicionou o Tribunal Constitucional Espanhol, em decisão de 23.01.1985, segundo a qual: "El artículo 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos; ha constitucionalizado, como un derecho fundamental, con todo lo que ello significa, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. La extensión de la regla constitucional a los procesos de otro contenido podrá – y así es – afirmar el derecho a un proceso razonable, pero no a que el derecho a que los plazos se cumplan y a que las secuencias del proceso se ajusten a las dimensiones temporales definidas en las normas procesales, se haya elevado a la categoría constitucional de un derecho fundamental." (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 76).

O comportamento dos demandantes: no Processo Civil brasileiro e lusitano, a exemplo de várias outras legislações, cabe ao magistrado que preside o processo a responsabilidade de impulsioná-lo, de forma a evitar dilações indevidas.

A maior duração de um processo pode dever-se à própria atuação da parte, que eventualmente, venha a, posteriormente, pleitear indenização pela demora.

Nesse sentido, deve-se entender que, apesar do processo ser regido pelo princípio do impulso oficial, as partes têm o dever de colaborar com o desenvolvimento normal e regular do curso processual, razão pela qual, se assim não o fazem ou até mesmo laboram em sentido diverso, restará afastado o direito de eventual indenização pela demora na prestação jurisdicional.<sup>51</sup>

A consequência da demora na prestação jurisdicional advinda para as partes: deve-se, ainda, avaliar as repercussões que a demora na prestação jurisdicional resultaram nos interesses dos demandantes e demandados.

Há mesmo hipóteses, em particular no processo penal, de que a demora na prestação jurisdicional é favorável aos interesses do acusado em ver

<sup>51</sup> Entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol, afastando o dever de indenizar de Estado pela falta de diligência processual da parte que pleiteava a indenização, sob o argumento que: "[...] esa exigencia de una eficaz colaboración de la parte recurrente en poner de manifiesto la indebida dilación, y con ello contribuir a evitar que se llegue a vulnerar el derecho fundamental citado, pertenece a la propia definición del contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho fundamental. Para que existan dilaciones indebidas, procesualmente vedadas y protegibles en este proceso constitucional, es exigible que quien invoca ese derecho fundamental observe una conducta de diligente colaboración en la temporánea administración de la Justicia. De no hacerlo así, puede concurrir la causa de inadmisibilidad de la demanda consistente en la no invocación en la vía judicial del derecho fundamental supuestamente vulnerado (art. 44.º, c. LOTC), pero tampoco podrá considerarse que quien aduce la vulneración del derecho mantuvo la específica diligencia procesal que ese mismo derecho exige a quien pretenda ampararse en él." (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 180).

<sup>52</sup> Já se posicionou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em decisão de 22.04.1998, no caso *Pailot*, examinando alegação de demora na prestação jurisdicional quando estava em causa o direito à manutenção da saúde, quando se decidiu que: "[...] el desarrollo del proceso litigioso revestía una importancia extrema para el demandante, teniendo en cuenta la enfermedad que le destruía: infectado en 1985, está en la fase III y penúltima de la contaminación. Resumiendo, se imponía una diligencia excepcional, a pesar de la cantidad de litigios pendientes, ya que se trataba de un debate cuyos datos conocía el Gobierno desde hacía varios años y cuya gravedad no se podía escapar." (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 184).

<sup>53</sup> Entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que, caso os demandantes tenham se portado com diligência no sentido de verem amparados os seus direitos, o Estado não pode ser eximido de oferecer um pronunciamento judicial em prazo razoável, nem mesmo com eventual alegação de acúmulo de serviço judiciário, pois este deve manter uma estrutura mínima necessária para o que os Tribunais possam cumprir com suas exigências, tal como foi consignado na decisão de 24 de abril de 1998, no caso *Mavronichis*, onde se consignou que: "Independientemente del plazo que ha sido necesario para resolver el asunto en primera instancia, el Tribunal observa que el Secretario del Tribunal Supremo no tomó ninguna medida para el asunto fuera examinado en apelación entre 8 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1995. Por ejemplo, no se hizo nada durante ese lapso de tiempo para fijar una fecha de audiencia o para resolver las cuestiones incidentales. Se trata, por lo tanto, de un período de inactividad especialmente significativo. El Gobierno se esfuerza en justificarlo invocando el volumen de trabajo al que el Tribunal Supremo debía hacer frente en aquella época. Este plazo excesivo no debería, sin embargo, justificarse de esa forma y debe ser imputado al Estado demandado; el Tribunal recuerda que el art. 6.1 obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que los Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, específicamente en cuanto al plazo razonable." (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 182).

reconhecido eventual prescrição.

Como no presente estudo se investigam os aspectos ligados ao dever de indenizar, resultantes da omissão estatal na garantia do direito à vida e integridade física dos menores, haja vista o bem jurídico em risco, exige-se uma diligência excepcional do Estado em facultar o julgamento diligente e oportuno do processo, sob pena de incorrer no dever de indenizar.<sup>52</sup>

*A conduta das autoridades judiciais:* nesse sentido, deve ter-se em conta não apenas o juiz, que tem a missão de presidir o processo, mas todo o aparato necessário à prestação jurisdicional.

Desta forma, caso a decisão do processo não seja proferida dentro de um *prazo razoável*, não é necessário que o prejudicado aponte o responsável pela demora na prestação jurisdicional.<sup>53</sup>

A responsabilidade civil do Estado, em face da atividade jurisdicional, deve acomodar-se na idéia do funcionamento defeituoso do serviço da Justiça, dispensando a imputação deste ilícito a um comportamento individual, admitindo assim a culpa funcional dos serviços, não havendo solidariedade entre o Estado e o juiz na reparação do dano, salvo em caso de dolo, fraude ou grave culpa.

A partir desse raciocínio, a vaga alegação de acumulação de serviço não terá o condão de afastar a responsabilidade Estatal, pois essa deverá revestir-se de imprevisibilidade e excepcionalidade, de forma que caberá ao Estado a prova de que *dilação indevida* não pode ser imputada ao titular do órgão, nem ao defeituoso funcionamento do serviço da Justiça.

Em face do Direito brasileiro, vale destacar os termos do art. 133 do CPC de 1973, o qual procurou estabelecer hipóteses de responsabilidade pessoal do magistrado, repetindo a fórmula anteriormente consagrada no art. 121 do CPC de 1939.

Considerando os termos do art. 37, § 6º, da CF, a norma que regula a responsabilidade civil do Estado no Brasil, há corrente doutrinária que defende a revogação do dispositivo processual civil referido, bem como dos arts. 294, 420, 421 e 1552 do Código Civil — CC, os quais prevêem hipóteses de responsabilidade pessoal do juiz.

Os que assim entendem argumentam que esses dispositivos se chocam com o art. 15 do CC que estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público pelos atos dos seus representantes, sendo que no processo o juiz representa o Estado, não havendo relação jurídica direta entre o estatal e o particular, razão pela qual não pode ser pessoal e diretamente responsabilizado.

Numa segunda argumentação, defendem que a Carta Constitucional estabeleceu os critérios da responsabilidade civil do Estado e seus agentes, o que não pode ser excepcionado pela lei infra-constitucional, com uma disciplina especial para a responsabilidade pelos atos dos juízes.

Como forma de tentar conjugar os dispositivos já referidos com a Carta Constitucional e o art. 15 do CC, parte da doutrina entende que as nor-

mas infra-constitucionais ora em questão são mais restritas que a norma constitucional que regula a matéria. Dessa forma, as mesmas representariam apenas uma limitação à responsabilidade pessoal do juiz, restando firme a responsabilidade objetiva mais ampla do Estado, o que viabilizaria a conjugação das normas cíveis e processuais com o ordenamento constitucional vigente (DERGINT, 1994, p. 208-209).

Apesar desse judicioso posicionamento, modestamente entendemos que o regime da responsabilidade civil do Estado adaptado pela Constituição brasileira colide com o estabelecido nas normas de Direito Processual Civil e de Direito Civil, ora referidas, de forma a pretender-se extrair deles uma limitação da responsabilidade pessoal do magistrado, atenta contra o princípio constitucional da isonomia.

Os exatos termos do art. 37, § 6º, da CF/88 estabelecem a responsabilidade direta do Estado pelos atos dos seus agentes e assegura o direito de regresso contra o causador do dano, que tenha laborado com dolo ou culpa.

Não foi essa a fórmula utilizada pela Constituição portuguesa que, no seu art. 22.º, consagra a responsabilidade civil do Estado, *bem como a solidariedade dos agentes* responsáveis, quer seja por dolo ou culpa.

Em face dessas disposições que norteiam o Direito brasileiro acerca do tema em questão, sempre foi objeto de polêmica na doutrina brasileira a possibilidade do lesado acionar diretamente o agente causador do dano.

Há os que se posicionam pela impossibilidade dessa pretensão, pois o direito constitucionalmente reconhecido seria da pessoa jurídica reparar os danos sofridos pelo administrado, não do agente causador da lesão, o qual apenas responderia perante a administração em ação regressiva (MEIRELLES, 2001, p. 609-622).

Em sentido contrário a esse entendimento, há judicioso entendimento doutrinário de que o art. 37, § 6º, da CF/88 é norma que visa à defesa do administrado, oferecendo-lhe o patrimônio solvente do Estado para reparar o dano e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos, que não pode representar uma restrição a esse administrado, o qual poderia optar por acionar diretamente o autor do dano, isoladamente ou com o Estado (MELLO, 1998, p. 604-606).

Sem embargo de tão judiciosos posicionamentos, ao menos quanto à responsabilidade do Estado em face de ato ou inércia judicial, entendemos ser mais razoável que, apenas em ação de regresso o agente possa responder pela lesão que eventualmente causou, tal como é estabelecido na legislação da Alemanha, França e Itália. Inicialmente, porque o ato ou a inércia do juiz é de fato um ato ou inércia do Estado, em nome de quem age, o que encontra justificativa na independência judicial necessária ao bom desempenho da função judiciária, a qual ficaria seriamente comprometida com a constante possibilidade do magistrado vir a ser diretamente acionado em ação de indenização, que poderia ser motivada por inconformismo, inimizade ou até mesmo inte-

resse em afastar o magistrado da causa por suspeição, pois ele passaria a ser interessado na solução da questão indenizatória.

### **2.5.1 A inércia do lesado e a responsabilidade civil estatal na prestação jurisdicional**

Com vistas a tentar afastar a responsabilidade do Estado pela demora na decisão, é freqüente que se argumente com a inércia do lesado em queixar-se aos órgãos da magistratura, a fim de acelerar a marcha processual.

O referido argumento foi inclusive utilizado pelo Governo português, na Comissão Europeia dos Direitos de Homem, no caso Manuel Guincho.<sup>54</sup>

Apesar de reticentes, entendemos que essa argumentação não pode prosperar, sendo vários os argumentos para refutá-la, inicialmente, porque não há qualquer determinação legal (no Brasil ou em Portugal) que obrigue ao lesado reclamar a instâncias superiores da magistratura, com o objetivo de afastar o retardamento injustificado do processo. Mas há o dever da própria magistratura proceder à fiscalização e do Corregedor de Justiça fazer visitas periódicas, com o objetivo de verificar as atividades forenses e, assim, pôr fim a eventuais moras, o que, se não ocorreu, foi porque as autoridades incumbidas de tal mister negligenciaram no desempenho das suas atribuições, subsistindo, assim, a responsabilidade do Estado.

Ademais, não é a omissão do lesado em procurar as instâncias disciplinares a causa da lesão resultante da demora da decisão, mas a inoperância do aparelho judiciário.

Numa relação de causalidade desencadeada, por exemplo, o lesado poderia estar na iminência de sofrer um dano à sua vida ou saúde, em razão do que recorreu à instância judicial visando evitá-lo, vindo ele a ocorrer em face da demora judicial ao proferir uma decisão.

Nessa relação de causalidade, como nas demais situações similares, é a mora da prestação jurisdicional a causa adequada para o dano sofrido, impondo a responsabilidade civil do Estado em indenizar.

## **3 CONCLUSÃO**

No plano interno das nações (não importando o nível de desenvolvimento) e, no plano internacional, é recente a preocupação da criação de instrumentos de proteção de direitos da criança e adolescente, como consequência de uma conscientização de que os abusos contra eles e a sua proteção são

---

<sup>54</sup> Vide a decisão de 06.07.1982, publicada na Documentação e Direito Comparado, Boletim do Ministério da Justiça, n. 9, p. 69.

missões que integram a esfera pública e não apenas a esfera privada familiar.

No Brasil, até os idos da Constituição Federal de 1988, a questão do menor era regida pela doutrina da *situação irregular*, para a qual eles eram meros objetos de proteção, o que veio a mudar com a referida Carta Constitucional que consagrou a doutrina da proteção integral, com dispositivos que garantem a eles os direitos fundamentais à vida e à saúde, entre outros.

No plano internacional, foram criadas cartas que representam *standards* de direitos humanos, entre as quais a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual o Brasil subscreve e se compromete a observar.

O Ministério Público foi dotado de importante instrumento para perseguição desses interesses públicos e coletivos em juízo, qual seja a ação civil pública, sendo que hoje é corrente o entendimento de que na responsabilização pelos danos sofridos, deve-se buscar uma valoração capaz de quantificar não apenas as conseqüências do fato traumático sobre a saúde e integridade física do paciente mas também a qualquer das particularidades de sua vida, atendendo-se as especialidades de cada caso.

Dessa forma, deve-se entender que os indivíduos que se encontram nos extremos da vida, contam com peculiaridades, as quais devem ser consideradas como elementos decisivos na forma de enfrentar as possibilidades de recuperação e conseqüências (HERNANDES CUETO, 1994, p. 113-114).

Ao Estado cabe a importante missão, que ainda está por cumprir, de tornar operacional tão moderna lei, dispondo recursos, meios humanos e materiais para se garantir tão importantes direitos, imprescindíveis para a constituição de uma nação de fato justa, democrática e fraterna.

Enquanto essa estrutura estatal não vem, um único bastião que resta ao cidadão é o Poder Judiciário, que, se não pode compelir o Estado a construir, contratar, organizar serviços, investir e realizar tarefas do gênero, pode e deve condenar o Estado a indenizar, caso resulte dano aos administrados dessa incúria administrativa, e a cumprir as missões que ele mesmo lhe atribuiu, seja em face dos vários tratados internacionais firmados, seja por força da lei interna que o rege e organiza.

## Referências Bibliográficas

AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Navarra: Aranzadi, 2000.

AMARAL, Diogo Freitas de. Natureza da responsabilidade civil por atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde. In: AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. Direito penal e modernas técnicas biomédicas: as conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, v. 15, 1989.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 51, n. 2, p. 430-458, jul. 1991.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de março de 1989. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 123, n. 3790-3801, p.293-307, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. Um projecto de declaração de standards adquiridos no âmbito de direitos humanos. In: AAVV, *Direitos humanos, estrangeiros, comunidades migrantes e minorias*. Oeiras: Celta, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1993.

CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade civil da administração por actos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*. Coimbra: Coimbra ed., 2000.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA MENDEZ, Emílio. *Liberdade, direito e dignidade: notas sobre a condição sociojurídica da infância-adolescência na América Latina*. Brasília: UNICEF, 1991.

GONÇALVES, Maria Zelmer. Intervenções nas sessões reservadas ao Brasil. In: AAVV, *Direitos da criança: actas da consulta aos países de língua portuguesa sobre o projecto de convenção relativa aos direitos da criança*, n. 1/89. Lisboa: Gabinete dos Estudos Jurídicos Sociais, CEJ – UNICEF, 1988.

GONZÁLES CUSSAC, José Luis. *Comentários al Código Penal de 1995*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

HERNANDES CUETO, Claudio. La valoración del daño corporal en niños y ancianos. In: AAVV, *Temas de medicina legal*. Coimbra: Instituto de Medicina Legal. Centro de Estudos de Pós-Graduação de Medicina Legal, 1994.

HIERRO SANCHES-PESCADOR, Liborio. ¿Que derechos tenemos? In: AAVV, *El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: Bosch, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.

LÓPEZ MUÑOZ, Riásares. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*. Granada: Comares, 2000.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra ed., 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: AAVV, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v. 28, n. 109, p. 287-292, jan./mar. 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares: o estado e os sistemas constitucionais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1997. t. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000. t. 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000. t. 4.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. Coimbra: Coimbra ed., 2001. t. 6.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controle de constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária*. Cascais: Principia, 2001.

\_\_\_\_\_. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2001.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra ed., 2001.

RODRIGUES, José Narciso Cunha. Direitos fundamentais do cidadão: da lei à realidade. In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 3., 1990, Lisboa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 1990.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e juventude. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 22, n. 74, p. 3-15, jan./jun., 1994.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 1995.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

# SÍMBOLOS MUNICIPAIS PRÓPRIOS OU IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

GENNEY RANDRO BARROS DE MOURA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor de Processo Penal da UEMG – Campus Ituiutaba/MG

Especialista em Ciências Criminais e Mestrando em Direito

Público - UNIFRAN/Franca/SP

SUMÁRIO: Introdução – 1 A evolução histórica do Estado moderno – 2 Os princípios administrativos – 3 Improbidade administrativa: Lei nº 8.429, de 02.06.1992 – 4 Símbolos e publicidade oficial dos municípios – 4.1 Os símbolos municipais na Constituição de 1988 – 4.2 A utilização de símbolos próprios e a promoção pessoal do administrador público à luz da Lei nº 8.429 – 5 O controle jurisdicional da moralidade administrativa – 6 Conclusão

## INTRODUÇÃO

A ética parece nunca ter sido a tônica na história da República brasileira, sempre permeada de desvirtuamentos da atividade administrativa em benefício próprio de seus gestores.

A corrupção, a vaidade, interesses mesquinhos e puramente eleitoreiros, a perseguição são apenas alguns dos inúmeros problemas crônicos da administração pública do país. Talvez não seria de todo equivocada a afirmação de que se trata de problema de ordem *cultural* entre a esmagadora maioria dos agentes políticos, despidos de qualquer resquício de espírito público e para quem o lema é *levar vantagem em tudo*, numa autêntica tradução do primado do interesse individual em detrimento dos interesses coletivos.

Assim como toda esfera pública, a publicidade estatal encontra-se contaminada pelas mesmas distorções e vícios, que redundam em reflexos nefastos para o regime democrático.

Embora a Constituição Federal de 1988, em seu art. 57, § 1º, seja explícito em vedar a publicidade estatal que não tenha caráter educativo, informativo ou de orientação social e que se utilize de símbolos, imagens, nomes, slogans como meio de promoção pessoal do administrador público, em todos os rincões do país, essa, ainda, é uma prática *comum* e *culturalmente* aceita pela sociedade.

Trata-se de uma injustificável e indesejável distorção dos fins da propaganda dos atos oficiais, que em vez de imprimir o elemento transparência

(publicidade) à atividade administrativa, vem sendo meio de promoção pessoal de seus agentes. A coisa pública não pode estar a serviço de uma pessoa ou de um grupo político.

No atual estágio constitucional, os princípios administrativos (art. 37, caput) constituem os verdadeiros pilares do sistema democrático, de tão alto custo para toda sociedade brasileira, o que impõe um enfrentamento urgente e enérgico de todas as questões que de forma direta ou indireta transmudem em ofensa aos mesmos.

Como assevera Osório (1999, p. 112), um dos maiores estudiosos da atualidade sobre improbidade administrativa, “[...] a impunidade historicamente reinante no País há de ser compreendida, especificamente, no contexto em que o Ministério Público estava bastante ligado ao Poder Executivo, ao passo que o Poder Judiciário exercia timidamente suas funções. Os poderes centrais nunca sofreram, pois, controle rigoroso.”

Essa realidade foi radicalmente alterada pela Constituição Federal de 1988, que conferiu independência, garantias e prerrogativas ao Ministério Público. Instituição democrática, que, pela relevância do status que alçou, não pode mais quedar-se inerte e tornar-se revel diante do chamamento da sociedade para o cumprimento de seu mister constitucional na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis (art. 127 da CF/88) e, por conseguinte, de combate efetivo à improbidade administrativa.

Embora não muito otimista, essa nos parece uma perspectiva real da questão. Tais premissas servirão de paradigma para o desenvolvimento de algumas linhas, que, sem a pretensão de esgotar todas as discussões que o tema enseja, pretende tão-somente fomentá-las junto aos operadores do direito na busca de meios eficazes de combate ao desvirtuamento da propaganda oficial.

## 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO

Partindo-se das premissas estabelecidas pela doutrina para a formação de um Estado, verifica-se que o Estado moderno<sup>1</sup> surge com o declínio do sistema feudal e com a ascensão ao poder de um soberano detentor de um poder *concentrado e absoluto*.

A teoria política do absolutismo teve suas bases assentadas nas teorias de Maquiavel, Bondin e Hobbes, monarcólatras, partidários do poder abso-

<sup>1</sup> Segundo Saldanha (1987, p. 8), o Estado moderno “[...] se origina em um processo de alterações que incluem a exaustão do sistema econômico feudal e o advento do capitalismo; incluem também o surgimento de uma nova vida urbana, em contraste com a existência predominante rural do medievo e em consonância com a ascensão de um novo tipo social que viria a ser denominado burguesia.”

luto dos reis, entre os quais um dos principais teóricos foi o francês *Jacques Bossuet*, da corte de Luís XIV, que se utilizou de argumentos extraídos da Bíblia para justificar o poder absoluto e de *direito divino* da realeza. Por ser o rei representante de Deus, não deveria prestar contas nem à Igreja, nem ao povo.

A nobreza e o clero eram ordens privilegiadas, com posses de terras e isenção de impostos. Os camponeses e a pequena-burguesia urbana pagavam, com seu trabalho e impostos, os gastos do Estado absolutista.

Em tais circunstâncias a reação antiabsolutista era inevitável, a noção de liberdade ganha força com as idéias de John Locke, que em uma Inglaterra acenando para o capitalismo e começos do iluminismo, prega a soberania do povo sobre o poder absoluto do monarca, ou seja, a anterioridade e superioridade dos direitos naturais do homem ao Estado.

As idéias liberais de Locke romperam as fronteiras da Inglaterra e dos tempos e foram sustentadas por filósofos franceses do séc. XVIII (Montesquieu, Voltaire, Rousseau), provocando uma verdadeira revolução intelectual na história do pensamento moderno.

Como atacavam violentamente a injustiça, a intolerância religiosa, os privilégios, suas opiniões abriram caminho para a Revolução Francesa, pois puseram à mostra os erros e vícios do Velho Regime (ARRUDA, 1979, p. 137). Movimento que nivelou a nobreza, clero e povo, suprimindo privilégios e proclamando o princípio da soberania nacional, baseado nas máximas (MALUF, 1991, p. 126) de que o Estado existe para servir o homem que é livre para fazer o quiser, desde que não seja crime; o governo deve ter origem na vontade nacional; a nação é soberana; a lei é a expressão da vontade geral, perante a qual todos os homens são iguais, entre outras.

A concepção individualista é a base do *Estado liberal* que acaba de surgir, sem as limitações de caráter religioso e/ou ético, mas que se submete ao império da lei positiva. Embora mínimo, já que despedido de preocupações sociais, o Estado liberal se fazia necessário para regular a coexistência social e garantir os direitos do indivíduo, ou seja, as relações entre os homens como parte integrante de uma sociedade e que com ele consentiam, pois, por suas vontades, foi instituído para tal desiderato.

A forma jurídica do Estado liberal tem como principal caractere o apego à lei escrita (Constituição e codificações) e, o racionalismo e formalismo com que eram encarados os valores e as estruturas da sociedade no constitucionalismo liberal, constituem os alicerces do chamado *Estado de direito*.

Mas os *Estados liberal e social de direito* não foram capazes de atender aos anseios de uma democratização fundada no princípio da soberania popular como elemento essencial da vontade estatal e de uma igualdade material,

como único meio de se alcançar a justiça social. Assim, surge a concepção de *Estado democrático de direito*, que vai mais adiante, e constitui na expressão de Díaz (1975, p. 130) o Estado de justiça, no sentido de “Estado que aparece atualmente como legítimo, como justo, em função precisamente de determinados valores históricos que são a democracia, o socialismo, a liberdade e a paz.”

De acordo com o art. 1º da CF/88, o *Estado brasileiro é democrático*, o que implica dizer que a democracia deverá não só nortear os valores essenciais que o constituem e sua ordem jurídica, mas propiciar condições mínimas para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e em função dele é exercido.

No Estado democrático de direito “[...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.” (DÍAZ, 1975, p. 122), atuando como fator de transformação e realização das mudanças democráticas. Porém, o exercício da democracia só será possível desde que garantida esteja a concretização dos direitos fundamentais do homem, já que isto se traduz em um escudo contra o poder exercido antidemocraticamente.

Nesse contexto, o Ministério Público, em razão de sua função social e enquanto instituição defensora das liberdades públicas, surge como um dos pilares desta modalidade de Estado e instrumento imprescindível para consecução de seus fins. É o representante da sociedade em seus mais relevantes interesses e, por conseguinte, entre inúmeras outras, a ele incumbe a função de fiscalizar a efetiva observância dos princípios administrativos (art. 37, *caput*, da CF/88) em toda a atividade administrativa, que sempre deve estar voltada para a realização dos fins sociais e das exigências do bem coletivo.

## 2 OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Os princípios, entendidos como mandados de otimização,<sup>2</sup> são normas, e como tais conferem aos sistemas constitucionais unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

No Estado talhado pela Constituição Federal de 1988, o direito preexiste à atuação da administração pública, que deve ser orientada pelas regras e princípios do ordenamento jurídico pátrio para consecução dos valores fundamentais do cidadão, fim precípua do Estado democrático de direito.

A supremacia do interesse público<sup>3</sup> é consectário lógico dos princípi-

<sup>2</sup> Expressão de Alexy (apud BONAVIDES, 2001) no sentido de que as regras (leis) e os princípios são espécies do gênero normas.

<sup>3</sup> Sobre *interesse público*, Jorge Escola (1989, p. 237) afirma que, etimologicamente, *interesse* deriva da forma verbal latina *interest*, que por sua vez deriva dos vocábulos *inter* e *esse* – *inter-esse* – que significam literalmente *estar entre*. Posteriormente, esta forma verbal se substantivou vindo a significar *o que importa*, o que é importante. Por outro lado, a presença de interesses individuais coincidentes e compartilhados por um grupo quantitativamente preponderante de indivíduos, dá lugar a um *interesse público*, que surge como um interesse de toda comunidade.

os constitucionais estatuídos no art. 37, *caput*, da CF/88 que impõem ao administrador público um atuar moral, legal e de forma transparente (pública) e impessoal, e constitui *conditio sine qua non* para promoção do bem-estar de toda a coletividade.

A submissão à lei, como expressão da vontade popular e pedra angular dos ideais liberais, surgiu como garantia contra o arbítrio e caprichos do soberano no *ancien régime*. Contudo, o atual texto constitucional conferiu ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) considerável amplitude, já que o Estado democrático de direito só será legítimo se concretizada uma *legalidade material*, realizadora da igualdade e da justiça entre os homens.

Sob o aspecto administrativo, o princípio da legalidade se traduz na clássica formulação da doutrina segundo a qual na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Se ao particular é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, àquela só é permitido fazer o que a lei autoriza. Nesse diapasão, a “[...] legalidade cinge a actividade jurídica da Administração condicionando os poderes a exercer e a forma do seu exercício, o objecto e o fim dos actos.” (CAETANO, 2001, p. 31).

Embora esse princípio constitua o alicerce do próprio Estado de direito, o ideal de justiça só restará concretizado quando a aplicação do texto legal pelo administrador público estiver imantada pelo elemento ético, ou seja, a *moralidade*.

Inserida no texto constitucional como princípio administrativo, a *moralidade administrativa* “[...] passou a constituir pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da moral jurídica. E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal.” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 207).

O ato administrativo não está adstrito tão-somente àquilo que determina a lei, mas à sua finalidade e espírito de alcance do bem comum. Assim, ao praticá-lo, na gestão da coisa pública, o agente público não pode olvidar-se da *boa-fé*.

O atendimento a interesses diversos ao da lei transmuda em afronta ao referido princípio e à honestidade e lealdade, que no atual panorama constitucional constituem elementos imprescindíveis para legitimidade do ato administrativo como ato emanado do Estado, conquanto detentor do poder-dever de zelar pelos interesses da coletividade.

O ato administrativo é ato da administração pública, da instituição, e não da pessoa investida temporária ou vitaliciamente em cargo, emprego ou função, pois, ela é tão-somente um instrumento para atingimento de suas finalidades.

O princípio da impessoalidade está intimamente ligado ao fim do ato administrativo que em toda e qualquer circunstância deverá cingir-se aos ditames da lei e da justiça, como meio tutelatório do interesse público. Por outro lado, diz respeito aos seus destinatários, que devem ser tratados sem qualquer tipo de distinção de classe, raça, crença ou facção política,<sup>4</sup> pois como assevera Mello (2002, p. 96) “[...] o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.”

Busca-se com a afirmação de tal princípio a despersonalização tanto do agente público competente pelo ordenamento jurídico para prática daquele ato, quanto da situação, das circunstâncias e da própria pessoa que dele é destinatária.

De acordo com a assertiva de Lincoln quanto à essência da democracia, o governo é “do povo, pelo povo e para o povo.” Então, até mesmo por questão de viabilidade da atividade administrativa, esta não poderia ser exercida ao mesmo tempo por todos cidadãos, há uma delegação do legítimo detentor do poder (povo) a determinados agentes para que estes possam executar os seus fins.

Daf, forçoso é concluir que nada mais lógico que uma prestação de contas daquilo que foi realizado.

O princípio da publicidade garante aos administrados a transparência na gestão interna da coisa pública proporcionando-lhes oportunidade não só de conhecimento mas, principalmente, de controle de forma e conteúdo dos atos administrativos pelas vias judiciais e extrajudiciais cabíveis à luz da Constituição e das leis. Como assevera Meirelles (1992, p. 86), “[...] a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade.”

Essa divulgação oficial da atividade administrativa impinge uma certeza de controle na consciência do agente público de que todos os atos, seja pela própria administração pelos seus órgãos internos e externos, seja pelo cidadão, deverão ser objeto de controle, e inibe naturalmente o arbítrio, o capricho e o desmando, garantindo a moralidade na seara da administração pública. Atos que violem tais princípios constituem atos de improbidade administrativa.

### 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LEI Nº 8.429, de 02.06.1992

De acordo com o art. 5º, II, da CF/88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

A coexistência social exige de nós padrões determinados de conduta que são estabelecidos jurídico e moralmente pela lei. Com efeito, seria inconcebível a idéia de uma lei imoral, pois como assevera Franco Sobrinho (1974, p. 5), na “[...] história, ou na política como ciência, as sociedades antes de jurídicas são morais.”

<sup>4</sup> Fiz referência à facção política porque, no dia a dia, como Promotor de Justiça em pequenas comarcas, percebo que a pessoalidade, o clientelismo, o favoritismo no trato com o cidadão são marcas explícitas e descaradas, embora sempre venham camufladas por uma insuportável demagogia. Aos amigos dos detentores do poder (prefeitos e vereadores) todos os benefícios e privilégios que a administração pública pode proporcionar. Aos inimigos, todas as dificuldades, empecilhos e rigores da lei.

Nem todo ato que é jurídico (legal) está em consonância com a moral, e como esta questão antecede àquela, esse ato será ilegítimo. Como fruto da atividade humana, os atos administrativos estão sujeitos a equívocos, desvios de ordem formal ou moral, que poderão eivá-los de vícios, no primeiro caso, de ordem *objetiva* e, no segundo, *subjativa*.

Etimologicamente, a palavra *administração* deriva da expressão latina *administratio* ou *administrare*, e leva implícito o sentido de ação, atividade, exercício de um cargo, designando uma atividade consistente em executar, dirigir ou servir, aplicando meios úteis para o alcance dos fins pretendidos (JORGE ESCOLA, 1989, p. 37).

O paradigma de ato administrativo em um Estado democrático de direito embora inseparável da idéia de legalidade, não se esgota ou confunde-se com tipicidade formal (amoldar o ato à lei), pois, para sua validade, não poderá se afastar do conceito moral de legalidade, colacionado por Franco Sobrinho (1974, p. 36) nos seguintes termos: “Não se pode, pois, reverenciar, o *princípio da legalidade* apenas em torno do que diz a lei na sua exatidão conceitual, programática, tempestiva ou geométrica, pois a virtude da lei vem ligada à idéia de justiça. Chega para atender reclamos e não para prejudicar ninguém.”

Por outro lado, o aperfeiçoamento da idéia de justiça e a legitimidade da atividade administrativa dependem da intenção e dos meios adotados para sua efetivação, que só será moralmente subjativa se o agente público se pautar pela honestidade, lealdade e boa-fé com vistas ao alcance do bem comum. Em outras palavras, agir com probidade, elemento ético que não só legitima a atividade administrativa, mas constitui seu elemento essencial.

Para Santos (2000, p. 22) o princípio da moralidade tem alcance maior, pois estabelece um padrão jurídico da moral, boa-fé, lealdade e honestidade, e a probidade seria a *moralidade administrativa qualificada*, pois vincula-se à conduta do agente e constitui o aspecto pessoal-funcional da moralidade administrativa.

A improbidade administrativa:

[...] é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão

As Constituições anteriores a 1988 não faziam qualquer referência à chamada improbidade administrativa. Até então, era objeto de dois diplomas legais somente um de seus aspectos, e mesmo assim de forma pouco abrangente. As Leis nº 3.164, de 01.06.1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha), e nº 3.502, de 21.12.1958, (Lei Bilac Pinto), regulavam a questão do enriquecimento ilícito por parte do agente público no exercício do seu mister ou em função dele.

O novel texto constitucional, no art. 37, § 4º, tratou da improbidade administrativa e de suas sanções, norma regulamentada pela Lei nº 8.429, de 02.06.1992 (Lei da Improbidade Administrativa), que revogou expressamente as leis supra citadas na medida que regulou toda a matéria.

A lei definiu os legitimados passivo e ativo, casuisticamente os atos de improbidade, as penas, o procedimento administrativo e o processo judicial.

Cingindo-nos aos fins propostos para o breve estudo, interessam-nos mais de perto os atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92, ou seja, aqueles que atentam contra os princípios da administração pública.

São condutas que, de forma direta ou indireta, transmudam-se em afronta aos anseios democráticos traduzidos pelos princípios previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, e justamente por isso, punidas severamente com ressarcimento do dano, *se houver*, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios fiscais ou creditícios.

Lado outro, tais condutas delimitam o âmbito de aplicação da norma somente àqueles atos *ilegais* e que estejam fora dos padrões de honestidade (éticos) exigidos dos agentes públicos no exercício do seu mister. E, ainda, estabelecem limites a serem observados pelo agente público na atividade administrativa, a quem, em razão do fito único e exclusivo de servir o interesse público, são defesas condutas desviantes, entendidas como aquelas praticadas em benefício próprio ou de outrem, em detrimento da coletividade.

O diploma legal em comento constituiu um grande avanço na defesa dos pilares do Estado democrático de direito (legalidade e moralidade), e acometeu ao Ministério Público, principalmente, já que se trata de um dever de todos, um dos maiores desafios da civilização moderna — o implacável combate à corrupção na esfera pública.

Os notórios desvios na publicidade dos atos oficiais pela imprensa

---

<sup>5</sup> Trata-se de um dos mais completos conceitos de improbidade administrativa da doutrina pátria.

falada, escrita e/ou televisada, têm mostrado que se trata de um terreno extremamente fértil para abusos dos gestores da coisa pública, que, a pretexto de divulgar a aplicação dos recursos públicos, transformaram a publicidade oficial em verdadeiro palanque para o culto e realização de objetivos escusos de cunho pessoal.

## 4 SÍMBOLOS E PUBLICIDADE OFICIAL DOS MUNICÍPIOS

A Constituição Federal de 1988 incluiu em sua estrutura federativa a figura do município. Abstraindo-nos, mesmo porque não é objeto do breve estudo, da discussão sobre o município ter se transformado em unidade federada ou apenas em unidade da Federação, o fato é que se trata de uma entidade político-administrativa que goza de autonomia política, administrativa e financeira.

Decorre de tal autonomia que sua organização é regida por uma lei orgânica, espécie de constituição municipal (SILVA, 1996, p. 592). Seu conteúdo foi previamente estabelecido pelo art. 29 da CF/88 que observadas as regras de competências municipais próprias, deve dispor sobre posse de prefeitos e vereadores, organização das funções legislativas, perda do mandato do prefeito, entre outras questões de cunho administrativo.

O art. 13, § 2º, da CF/88 dispõe que os municípios poderão ter símbolos próprios, que são definidos pela lei orgânica local. Embora, sob o aspecto legal, os representantes legais do povo venham se pautando pela orientação da Carta Magna ao estabelecer nas leis orgânicas como símbolos municipais a bandeira, o hino e o brasão, na prática, verifica-se que se tem impingido à referida norma constitucional, propositadamente, *equivocada e imoral* interpretação. E é pelo alto grau de imoralidade administrativa e de lesão ao erário municipal que a questão merece algumas considerações à luz do art. 37, § 4º, da CF/88 e da Lei nº 8.429/92.

### 4.1 Os símbolos municipais na Constituição de 1988

Assim como a Constituição atual (art. 13), todas as Constituições brasileiras a partir de 1934 fizeram referência expressa à bandeira, ao hino, aos selos, ao escudo e às armas como símbolos nacionais.

Segundo Cretella Junior (1999, p. 1083), “[...] símbolo é ser animado, coisa, objeto ou animal que pela imagem representa *coisas abstratas*. O símbolo é imagem, algo em concreto. A *idéia* é sempre *abstração*.”

Não se faz necessário tanto esforço mental para perceber que os *objetos* tidos como símbolos nacionais (bandeira, hino, selos, armas) trazem implícita a *idéia abstrata* de nação, pátria, que representam de forma neutra o próprio país.

À guisa da autorização constitucional de estabelecer símbolos próprios

os para os municípios, os alcaides do país vêm se utilizando de multivariadas formas de símbolos, que nada têm a ver com a entidade que deveriam representar, para divulgação não dos atos da municipalidade, mas de *suas obras, serviços, atos, campanhas etc.*, como se as mesmas tivessem sido realizadas às suas expensas e não às do erário municipal. Em nosso modesto ponto de vista, embora essas práticas constituam um nítido desvio de finalidade por parte do administrador público de extrema gravidade e atentado contra os princípios administrativos, tornou-se prática corriqueira em quase todos os municípios do país.

Segundo Cretella Junior (1999, p. 1086):

[...] os símbolos são elementos ou fatores de integração política nacional; não existe motivo algum para símbolos próprios ou locais. A função histórica e sociológica do símbolo é inegável. A *idéia é abstrata. A imagem é concreta*. 'Imagem' é a lembrança de uma sensação. O símbolo age diretamente sobre os sentidos; a bandeira sobre os olhos; o hino sobre o ouvido. *Bandeira-hino* são impactos diretos e indeléveis sobre todos, servindo como fatores insubstituíveis para a integração.

Assim, como fator de integração política nacional e de identificação dos entes que compõem a Federação brasileira, os símbolos estabelecidos para a República Federativa do Brasil, no § 1º do art. 13 da CF/88, são insubstituíveis e limitam o disposto no parágrafo seguinte que autoriza os Estados, o Distrito Federal e os municípios a terem símbolos próprios. O que não quer dizer que qualquer *coisa* ou *imagem* possa representá-los, mas tão-somente aqueles que na história das Constituições brasileiras sempre constituíram símbolos (bandeira, hino, selos, armas).

A presente assertiva parece-nos de inobjetável acerto, pois o fato de os Estados, o Distrito Federal e municípios poderem ter seus próprios símbolos quer dizer que podem estabelecer por meio de suas constituições (Estados e Distrito Federal) e leis orgânicas (municípios), a exemplo da União, suas bandeiras, brasões e hinos próprios, mas não símbolos, imagem, slogans que identifiquem determinada ideologia, facção política ou a pessoa do governador ou prefeito.

A cada quatro anos, alternando ou não o grupo político no poder, o erário financia a troca de pinturas em placas, prédios, veículos, uniformes, jornais etc. Ao que parece, estamos diante de uma imoral e absurda confusão entre o que são símbolos do município e o que é *logomarca* privada de cada prefeito ou grupo político que assume o Poder Executivo municipal. Os símbo-

los são neutros e identificam o ente político-administrativo *Município*, pois, independentemente da pessoa ou partido político que assuma a administração municipal, a bandeira, o brasão e o hino serão os mesmos. Já a logomarca, substituída a cada quatro anos, identifica a pessoa do prefeito ou do grupo político que ele representa, vinculando todos os atos, serviços, obras, campanhas do município à sua pessoa e à sua gestão.

Trata-se da criação de uma imagem institucional privada, própria de determinada administração (prefeito), que a personifica e, sempre que for utilizada na publicidade oficial de atos, serviços, campanhas etc., estará vinculada à pessoa do administrador e não do município, peculiar subterfúgio, que não atende aos desígnios e espírito da simbologia local à luz do mandamento constitucional, mas a interesses particulares, já que transmuda em evidente promoção pessoal do administrador público às expensas dos cofres públicos.<sup>6</sup>

Toda a atividade administrativa deve estar voltada para a efetiva concretização do interesse público e realização da cidadania plena. E, nessa seara, o atendimento a interesses privados e políticos, em detrimento do interesse da coletividade atenta contra os pilares principiológicos do Estado democrático de direito, merecendo uma análise mais aprofundada à luz da Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

#### **4.2 A utilização de símbolos próprios e a promoção pessoal do administrador público à luz da Lei nº 8.429, de 02.06.1992**

A divulgação dos atos oficiais da administração pública, em sentido lato, que não esteja dentro dos contornos traçados pelo art 37, § 1º, da CF/88, inexoravelmente, violará os princípios administrativos, mormente quando praticada visando ao fim proibido em lei, o que constitui ato de improbidade administrativa (art. 11 da Lei nº 8.429/92).

Com vistas a coibir os notórios abusos de uma classe política descompromissada com a preservação da coisa pública e dos valores do Estado democrático de direito, a publicidade dos atos oficiais, valor essencial da democracia e regra em nosso sistema constitucional, ganhou parâmetros claros e precisos. Dada a importância do texto para o breve ensaio, peço vênha para transcrever o *caput* e o § 1º do art. 37 da CF/88 que dispõem:

---

<sup>6</sup> Sobre o assunto: "TJMG – APC nº 000151680-600-Comarca de Juiz de Fora – Rel. Des. Antônio Hélio Silva – J. 10.08.1999."

---

Art. 37. A administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e, também, aos seguintes:

---

§ 1º A publicidade dos atos, propagandas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

---

A observância da norma *supra* atende à necessidade da publicidade dos atos de gestão da coisa pública e evita o nefasto desvio de finalidade com sua utilização como meio de culto à pessoa do administrador público ou de seu grupo político.

O caráter da publicidade dos atos oficiais deverá ser de: *educação* – entendida como aquela que de alguma forma melhora a formação física, moral e intelectual de toda a comunidade; *informação* – esclareça a população sobre questões de interesse social, como serviços, campanhas etc.; *orientação social* – que vise à conscientização da população sobre questões comunitárias relevantes.

E o constituinte foi mais além, ao estabelecer os parâmetros da essência da publicidade dos atos oficiais, procurou preservar a *impessoalidade* da divulgação, já que nela não poderá conter nomes, símbolos ou imagens que identifiquem a pessoa do agente público que a determinou.

É que, na prática, a *fértil criatividade* da elite política brasileira que alça ao poder e que dele se utiliza como meio de satisfação de suas vaidades e pretensões pessoais faz com que sejam utilizadas as mais variadas formas de subterfúgios para burlar a vedação constitucional. Vale-se de logomarcas, cores, slogans etc. que acompanham a publicidade dos atos oficiais, ao imoral, porém, não menos ingênuo argumento, de que aquele visa tão-somente identificar a pessoa jurídica de direito público ou órgão responsável pela veiculação, e não a pessoa que a administra.

A utilização sorrateira de tais meios mediante atos administrativos transmuda em evidente *desvio de finalidade*, pois não se conforma com o inte-

resse público, fim último de todo e qualquer ato administrativo.<sup>7</sup> Assertiva válida até mesmo pelo caráter objetivo do vício, “[...] pouco importando, pois a intenção do agente, se agiu de boa ou má-fé porquanto a invalidade insere-se, sempre que o agente, servindo-se de uma competência abstrata que possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público.”<sup>8</sup>

Como obtempera insigne colega ministerial mineiro, Tonet (1997, p. 15), embora muitas vezes a divulgação até atenda aos limites pedagógicos do texto constitucional, vem esteriotipada com fotos, nomes, símbolos ou slogans do agente público ou de seu grupo ou partido político, desviando-se pela via ímproba e inconfessável da promoção pessoal. E o que é pior, em matérias pagas pelo erário em jornais, revistas ou periódicos locais de grande circulação, e por isso mesmo de alto preço, em total afronta ao mandamento constitucional. Uma indisfarçável distorção da finalidade da publicidade oficial que, embora lícita em sua essência, mostra-se eivada de nulidade pela camuflagem desonesta utilizada para sua veiculação.

Outra não pode ser a conclusão senão a de que essa prática constitui ato de improbidade administrativa de acordo com a norma estatuída no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, pois não se harmoniza com os valores essenciais do Estado democrático de direito, já que atropela os princípios administrativos da impessoalidade e da moralidade com seu caráter promocional privado e transmuda em indesejável desvio de finalidade.

Uma vez comprovada a publicidade oficial com fins de promoção pessoal, torna-se prescindível a comprovação de qualquer dano ao erário para a aplicação das sanções previstas no art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa. Destarte, a lealdade e a honestidade do agente público constituem elementos vetores da atividade administrativa proba, em relação à qual “[...] mais importante que o dano material é o desfalque moral, a pura e simples violação dos critérios/princípios elencados no art. 37, *caput*, da CF”. (PAZZAGLINI FILHO, 1998, p. 141).

Por outro lado, o desvio de finalidade em estudo é muito mais grave que aquilo que se quer fazer crer, pois, além de ímprobo e imoral, mostra-se

<sup>7</sup> São elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e fim. *in casu*, a ilicitude atinge o último elemento e decorre do fato de imprimir à publicidade dos atos oficiais o caráter promocional do agente público, o que notoriamente constitui um desvio de finalidade, já que este não atende às diretrizes constitucionais (art. 37, § 1º, da CF/88).

<sup>8</sup> Costa (1991) vale-se dos ensinamentos de Bandeira de Mello (RDP 69/32), que sustenta o caráter objetivo desse descompasso entre a finalidade para a qual o ato serviu e, de outro lado, para a qual a lei o preordenara (interesse público).

lesivo ao erário. A veiculação de toda e qualquer publicidade demanda custos, que são arcados pelos cofres públicos, não só no que diz respeito à imprensa mas também com adesivos para veículos, placas de sinalização, uniformes, pinturas em prédios públicos etc., enfim, em toda e qualquer realização da administração que se grave símbolos, nomes, slogans, logomarcas que evidenciem promoção pessoal do administrador. Mesmo porque, conforme adrede demonstrado, são símbolos particulares representativos do interesse dele e não da administração pública.

Com efeito, a publicidade oficial só será válida se tiver caráter educativo, informativo ou de orientação social e jamais de promoção pessoal do administrador público, o que é defeso pela Constituição. Sob o aspecto da tipicidade objetiva, ordenada a despesa *não autorizada em lei*, configurada estará uma improbidade com tripla ofensa aos princípios administrativos (impessoalidade, moralidade e *ilegalidade*). A lesividade ao patrimônio público decorre da própria ilegalidade do ato, eis que não pode o erário financiar propaganda pessoal dentro da atividade administrativa. Sabiamente, o legislador previu a possibilidade de dano ao erário nessa modalidade de improbidade, sujeitando o ordenador ímprobo ao ressarcimento integral do dano, que existe nesse caso, e demais sanções do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.<sup>9</sup>

Não foi inadvertidamente que linhas atrás fiz ligeira abordagem sobre a *fértil criatividade* da elite política do país e grifei a expressão *não autorizada em lei* no parágrafo anterior.

Pois bem, as Constituições Federal e Estadual e, em sintonia com elas, as leis orgânicas dos municípios brasileiros dispõem que os símbolos dos respectivos entes político-administrativos são a bandeira, o hino e o brasão, o que, de forma exaustiva já se demonstrou, impede a utilização de nomes, símbolos, logomarcas, slogans etc. que identifiquem essa ou aquela administração, feito ou seu grupo e partido político.

A leitura, mesmo que perfunctória, da legislação de alguns municípios mineiros permite-nos encontrar verdadeiras pérolas, tais como leis municipais instituindo *logomarca da administração pública*, para utilização em placas, logradouros públicos etc. e na publicidade em geral dos atos oficiais em substituição ao brasão ou à bandeira do município.

Tentativa imoral, política, simplista e autofágica de burla ao mandamento constitucional, já que eivada de inobjetável inconstitucionalidade. Toda e qualquer disposição constitucional, bem como todo ordenamento jurídico devem ser permanentemente iluminados pela premissa maior consignada no

<sup>9</sup> "É nulo e de responsabilidade do gestor o ato que autoriza despesa pública realizada com publicidade que caracteriza promoção pessoal de autoridades ou servidores." (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Súmula nº 94).

art. 1º da CF/88, que define a República brasileira como *Estado democrático de direito*. E esta modalidade de Estado não se coaduna com leis que, embora formalmente válidas, em sua essência são imprestáveis, pois estão em verdadeira contraposição aos princípios constitucionais e como tais devem ser estirpadas do mundo jurídico.

Se o que se pretende é amoldar a conduta em comento ao tipo do art. 11 da Lei nº 8.429/92, passemos à análise do requisito *tipicidade subjetiva*, já que sobre o de ordem objetiva não restam dúvidas. Importante segmento da doutrina vem lecionando que as condutas dos arts. 9º e 11 do referido diploma legal são presumidamente dolosas, o que faz em razão da explícita admissão do *dolo e culpa* somente no art. 10.

Contudo, endossamos posicionamento em sentido contrário, segundo o qual o art. 11 pune condutas dolosas e culposas (culpa grave),<sup>10</sup> sob pena de absoluta chancela e indesejável impunidade de graves atos violadores dos princípios administrativos, em razão de uma suposta ausência de intenção de malferirlos. Embora despicienda a discussão para a conduta que ora se analisa, pois evidente o dolo com que o alcaide age, dada a relevância da questão para o tema, entendemos oportuno o registro da ressalva. O elemento subjetivo é abstrato e como tal deve ser extraído de circunstâncias que rodeiam a conduta que se pretende amoldar ao tipo.

O fato de agir sob o manto de uma *pseudolegalidade* não descaracteriza o dolo do agente público de promoção pessoal.

O prefeito, como principal beneficiário dos efeitos concretos da lei instituidora da logomarca de sua administração, cômico da imoralidade do seu ato, encaminha o projeto de lei à Câmara Municipal no intuito de imprimir ares de legalidade à questão.

Uma vez aprovada pelo Legislativo, a lei é sancionada pelo prefeito, que dela se utiliza para justificar as despesas com a propaganda oficial irregular e cunho privado, promocional, pois, na verdade, a *logomarca* nada mais é que um *símbolo* e privado, diga-se de passagem. Como se não fosse suficiente, essa logomarca não só vem acompanhada de um *slogan* mas também nas cores utilizadas durante a campanha política, normalmente aquelas utilizadas para identificação do partido político e/ou coligação.

A gravidade da ofensa aos princípios administrativos e a hialina clareza do texto constitucional ao falar em *símbolos, slogans, nomes...*, conjugadas

<sup>10</sup> Sustenta Martins Júnior (2001, p. 226): "Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). De outra parte, deve-se considerar, ainda, que é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revele a falta de ética e não meras irregularidades que não configurem dano aos princípios e deveres administrativos [...]."

com as circunstâncias supra delineadas, são elementos evidenciadores do *dolo* do agente político e do ato de improbidade do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

## 5 O CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Ao perceber a gravidade da crise moral que assola todos os seguimentos da sociedade brasileira e com muito mais vigor a administração pública, o legislador pátrio munuiu os operadores do direito com instrumentos processuais capazes, se não de coibir, ao menos controlar essas distorções e submeter aquela à ordem jurídica por meio do controle jurisdicional de todos os seus atos.

Enquanto o administrador público não assimila os valores éticos necessários para gestão da coisa pública, incumbe ao cidadão e ao Ministério Público uma vigília permanente em prol do interesse público, utilizando-se, se necessário for, dos meios judiciais e extrajudiciais cabíveis para o restabelecimento da eticidade na atividade administrativa.

O cidadão, por meio da ação popular (Lei nº 4.717, de 29.06.1965), que, com o advento da novel Constituição Federal (art. 5º, LXXXIII), erigiu o controle da *moralidade administrativa* a fundamento autônomo, permitindo a desconstituição de ato administrativo que, embora observe as formalidades legais, em sua essência, seja lesivo à moralidade. E o Ministério Público e outros colegitimados por meio da ação civil pública (art. 129, III, da CF/88, Lei nº 7.347, de 24.07.1985, c/c Lei nº 8.078, de 11.09.1990, e Lei nº 8.429, de 02.06.1992), que também teve seu campo de incidência ampliado com a Constituição Federal de 1988, podendo ser promovida em defesa de qualquer interesse difuso e coletivo e, por conseguinte, da *moralidade administrativa*.

O Ministério Público, como defensor implacável das liberdades públicas e pela função social que incorporou com a Constituição Federal de 1988, tem o dever de defender a probidade no trato com a coisa pública, como forma de garantir a realização efetiva de um direito subjetivo, cuja titularidade é de toda a sociedade.

Dúvidas não mais existem de que a publicidade de atos oficiais que não possua caráter educativo, informativo ou de orientação social e que se utilize de nomes, símbolos, imagens, slogans etc. como meio de promoção pessoal do administrador é *nula* e constitui *ato de improbidade*, pois representa um desvio de finalidade lesivo à *moralidade administrativa*.

Nessa quadra, atos administrativos praticados em desconformidade com os limites constitucionais estabelecidos no art. 37, § 1º, da CF/88 poderão ser desconstituídos, e, à luz dos ditames da Lei da Improbidade Administrativa, seu ordenador condenado ao ressarcimento integral do dano ao erário, se

houver, e demais sanções do seu art. 12, III.

Contudo, quando o ato desviante vem autorizado expressamente em lei, a desconstituição daquele depende da prévia declaração da inconstitucionalidade desta pela via difusa, já que o controle pela via de ação não permite o controle dos efeitos concretos da norma inconstitucional.

Seria inconcebível em um modelo de Estado erigido sob os pilares do constitucionalismo,<sup>11</sup> que os legitimados da ação civil pública e o próprio cidadão, destinatário final de toda atuação administrativa, inclusive do Poder Judiciário, ficassem à deriva sem uma solução razoável para sua pretensão deduzida em juízo, quando a composição do litígio necessitasse de prévia discussão sobre alguma questão de constitucionalidade.

Trata-se de questão prejudicial, que não só pode como deve ser discutida incidentalmente na ação civil pública. Aliás, é o que dessume, sem qualquer laivo de dúvida, do art. 21 da Lei nº 7.347/85 e do art. 83 da Lei nº 8.078/90 ao colocar à disposição dos legitimados todas as espécies de ações capazes de propiciar a defesa dos direitos difusos e coletivos. O controle por exceção legitima qualquer interessado a “[...] suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.” (SILVA, 1996, p. 55).

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, segundo o qual a ação civil pública é instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.<sup>12</sup>

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei municipal que instituiu a *logomarca da administração pública* acompanhada de slogan e nas cores utilizadas na campanha política do alcaide, os atos de publicidade oficial que dela decorrem constituem ato de improbidade administrativa (art. 11 da Lei nº 8.429/92), pois atentam contra os princípios administrativos da moralidade e impessoalidade.

<sup>11</sup> Expressão utilizada pela ilustre colega do MPDF, Barros (2000, p. 211) quando salienta: “Sob a inspiração de um modelo de Estado erigido sob os pilares do constitucionalismo, é de admitir-se a plena submissão dos atos legislativos ao controle jurisdicional formal e material. Esse controle, sem dúvida, é importante meio de defesa da Constituição; sem ele, não se impõe a sua pretensão de eficácia. O problema da lei arbitrária, caprichosa, inadequada traz à tona o tema do excesso de poder legislativo, cuja aferição reclama técnica diversa da tradicional, levada a efeito pelo contraste da lei à Constituição.”

<sup>12</sup> Nesse sentido: “STF – Rec. nº 1733-SP – Rel. Min. Celso de Mello – J. 24.11.2000 – DJU, 01.12.2000; STJ – Resp nº 129409-MG – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJMG, 03.10.1998, caderno 2.”

## CONCLUSÃO

Ao Ministério Público, como representante da sociedade em seus mais relevantes interesses, incumbe a função de fiscalizar a efetiva observância dos princípios administrativos (art. 37, *caput*, da CF/88). Esses, por sua vez, estabelecem os limites da atividade administrativa e, como tal, toda propaganda oficial que não tenha caráter educativo, informativo e de orientação social e que venha acompanhada de nomes, símbolos, imagens, slogans que evidenciem promoção pessoal do administrador público constitui ato de improbidade administrativa (art. 11, I, da Lei nº 8.492/92).

Lei municipal que institui logomarca da administração pública é inconstitucional, pois na sua essência não se harmoniza com os princípios administrativos do art. 37, *caput*, da CF/88. A utilização da logomarca em placas, logradouros públicos etc. e na publicidade em geral dos atos oficiais em substituição ao brasão ou à bandeira do município constitui ato de improbidade administrativa em razão de seu caráter promocional do agente público (art. 11, I, da Lei nº 8.429/92).

## Referências Bibliográficas

ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História moderna e contemporânea*. 10. ed. São Paulo: Ática, 1979.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. Lisboa: Almedina, 2001.

COSTA, Judith Martins. Publicidade e ação administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 166-170, jan./mar. 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 6. ed. Madrid: Edicusa, 1975.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

JORGE ESCOLA, Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa decorrente de despesas públicas ilegais e imorais: aspectos jurídicos da Lei nº 8.429/92. In: ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Inédita, 1999. p. 111-134.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Proibidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

TONET, Antônio Sérgio. Da propaganda oficial com promoção pessoal como prática reveladora de ato de improbidade administrativa. *Boletim de Informações Técnico-jurídicas do Ministério Público do Estado de Sergipe*, Aracaju, n. 5, p. 13-21, maio 1997.

# O SUJEITO ATIVO DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO: A QUESTÃO DO NÃO-COMPROMISSADO E DO NÃO-ADVERTIDO

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO

Mestra em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG

Doutoranda em Ciências Penais na Faculdade de Direito da UFMG

Professora de Criminologia na Fundação Escola Superior do

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Promotora de Justiça do Estado do Maranhão

Possivelmente uma das questões mais tormentosas que divide as águas da doutrina e jurisprudência pátria e de alhures seja a da exigência ou não do compromisso para a concretização da infração de falso testemunho.

Como sabemos, a lei processual penal exclui algumas pessoas da obrigação de prestação do compromisso da testemunha “de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado” (art. 203 do Código de Processo Penal – CPP). É o caso dos doentes e deficientes mentais e dos menores de 14 (quatorze) anos (arts. 208 e 214 do CPP), bem como das pessoas ligadas por relações afetivas conjugais ou de parentesco com o acusado, quando o seu depoimento for indispensável à obtenção ou integração da prova do fato e de suas circunstâncias (arts. 206 e 208 do CPP), e das que devam guardar segredo, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, se forem desobrigadas pela parte interessada e desejarem depor (arts. 207 e 214 do CPP). No caso dos inimputáveis, ou seja, doentes e deficientes mentais e menores de 18 (dezoito) anos, não paira qualquer dúvida de que não podem responder pelo delito em comento, por força da regra ínsita no art. 26 e seguintes do nosso Estatuto Substantivo Penal. A controvérsia reside na situação relativa às demais pessoas não compromissadas, que depõem como testemunhas informantes.

A primeira corrente, minoritária na doutrina brasileira, representada, entre outros, por Mirabete e Fragoso,<sup>1</sup> argumenta que não comete o crime aludido a testemunha informante, porque o compromisso seria uma imposição

<sup>1</sup> Sustenta Mirabete (2000, v. 3, p. 404-405) que, “[...] se a lei não as submete ao compromisso de dizer a verdade, o que as distingue das compromissadas, as testemunhas informantes não podem cometer o ilícito em apreço.” Fragoso (1989, v. 2, p. 534) afirma que, “[...] em relação à testemunha é indispensável que tenha prestado o compromisso legal (art. 203, CPP), pois somente neste caso surge o dever da verdade. Não pratica crime a testemunha que é mero informante.” Mais adiante, porém, o mesmo jurista admite: “Nossa lei permite que a pessoa, nesta hipótese, se recuse a depor (art. 206, CPP), mas não exclui o crime de falso testemunho se tal faculdade legal não for aproveitada e se vier a ser produzido um depoimento falso. A correção deste critério é duvidosa, especialmente em face da ressalva contida na última parte do art. 206, CPP.”

legal,<sup>2</sup> sediada no art. 203 do CPP, de onde decorreria o dever da pessoa de dizer a verdade. Ademais, essas testemunhas não compromissadas estariam ligadas às partes por um tipo de vínculo que não lhes permitiria gozar da mesma credibilidade concedida às numerárias, de modo que seria contra a natureza humana demandar-lhes imparcialidade, face ao seu evidente interesse no desenlace da pendência.<sup>3</sup> Esta tese é apoiada por uma parcela expressiva da jurisprudência. Alguns julgados enfatizam o nítido interesse do informante no desfecho da causa;<sup>4</sup> uns, a sua suposta falta de obrigação de dizer a verdade;<sup>5</sup> e outros chegam a alargar o conceito de testemunha informante, fazendo excluir da autoria da infração de falso mesmo pessoas não listadas no art. 206 do citado diploma processual penal, as quais não prestariam compromisso em virtude de relações de caráter fortemente afetivo ou estreitamente econômico com o imputado, como é o caso do amigo íntimo e do criado.<sup>6</sup> O raciocínio estender-se-ia à amásia do inculcado, pelas razões que justificam o não deferimento de compromisso ao cônjuge legítimo, em interpretação particularmente inspirada

<sup>2</sup> No *Malleus maleficarum*, era atribuído um expressivo valor ao juramento: "Também é preciso atentar que ao chamar a testemunha para depor esta deverá prestar juramento [...], caso contrário seu depoimento não será válido." (KRAMER; SPRENGER, 2001, p. 408).

<sup>3</sup> Cernicchiaro (2001) adota um posicionamento intermediário. Embora considere ser o compromisso secundário e não residir o pressuposto do delito de falso testemunho na solenidade do compromisso, defende que a colocação do tema não deva partir desse ponto, mas sim do entendimento de que o aspecto material (buscar a realidade dos fatos) deva se sobrepor ao aspecto formal (prestar compromisso), face ao constrangimento sofrido pelas testemunhas ligadas ao acusado ou à vítima, por relações de parentesco ou amizade: "O aspecto formal (prestar compromisso) deve ceder passagem ao aspecto material (buscar a realidade dos fatos). O compromisso, assim, é secundário, mera manifestação solene de advertência do depoente. Não integra o depoimento; registra, isso sim, o que foi prometido pela pessoa convocada para esclarecimentos. A lei penal precisa ser sensível a distinções; aliás, o Código de Processo, registrou-se, assim o fez. As máximas da experiência revelam que a mãe, como regra, prolege, preserva o filho ainda que o descendente pratique condutas socialmente proibidas. A recíproca também é verdadeira. E, na devida proporção, acontece com todo ascendente, ou descendente, cônjuge, mesmo desquitado (leia-se hoje, divorciado) ou entre pessoas que, de uma forma ou outra, alimentam afeição entre si. O depoimento dessas pessoas, portanto, deve ser considerado conforme tal realidade. É humanamente compreensível que esclareçam para favorecer (o oposto, em tese, também, deve ser ponderado). Pouco importa a solenidade do compromisso. Cede espaço, à realidade das coisas. Dessa forma, o pressuposto do crime não é, como se tem insistido, a solenidade do compromisso, mas a relação humana que vincula a testemunha ao réu (ou à vítima). O Judiciário, de modo geral, é pouco atento ao sentido humanístico da norma jurídica; daí, tantas vezes, não conseguir romper as barreiras da lógica formal. [...] O que interessa, o que conta é o conteúdo do depoimento e não a solenidade formal de dizer a verdade. Em consequência, constatada a relação de afeição, ou amizade, não obstante o registro do compromisso, inadequado divisar infração penal. O Direito não pode contrastar a realidade das coisas (axiologicamente analisadas)!"

<sup>4</sup> "O art. 342 do Código Penal não inclui em seu rol pessoas que, embora chamadas a prestar declarações nos autos, fazem-no não como testemunhas, mas como informantes, por manifesto interesse na solução da pendência." (TJSP - Rec. - Rel. Carnargo Sampaio - RT 508/354). Também nesse sentido: RT 492/287.

<sup>5</sup> "O informante não está obrigado a dizer a verdade, não incidindo, portanto, no crime de falso testemunho." (TJSP - AC - Rel. Silva Leme - RT 607/305).

<sup>6</sup> "O depoimento da testemunha informante poderá ser e será, às vezes, inverídico de começo a fim. Entretanto, não constituirá crime de falso testemunho, porque, por muito natural se tem que o parente, o amigo íntimo, o criado, o dependente não sejam capazes de se libertar da influência afetiva ou econômica decorrente dessas relações." (TJSP - Rev. - Rel. Nobrega de Salles - RT 448/359).

na evolução do direito de família (JTJ 160/308-309, 173/318; RT 722/442, 725/538, 728/526). De qualquer maneira, é ponto pacífico nessa corrente doutrinária e jurisprudencial que o parente próximo (ascendente, descendente, afim em linha reta, irmão)<sup>7</sup> e o cônjuge<sup>8</sup> do réu, por não prestarem compromisso, não podem ser sujeitos ativos do delito em apreço. Entretanto, existe decisão que, embora rechaçando, em princípio, a possibilidade da prática de falso testemunho por parente do acusado, aceita-a quando este, legalmente dispensado, insiste em depor com o intuito de mentir.<sup>9</sup>

A segunda corrente, que reúne a maioria dos doutrinadores nacionais, a exemplo de Nelson Hungria, Bento de Faria, Magalhães Noronha, Régis Prado, Damásio de Jesus, Almeida Pedrosa, Cruz Ferreira e Carlos da Ponte,<sup>10</sup> propugna o reconhecimento da testemunha não compromissada como sujeito ativo possível do delito de falso testemunho. A tese é de que o Código Penal – CP atual, diferentemente do anterior, não mais condiciona a ocorrência da infração de falso à formalidade do juramento ou compromisso, de modo que a materialização do tipo descrito no art. 342 não advém da quebra do compromisso eventualmente prestado, mas da violação do dever jurídico de falar a verdade. Pensamos ser essa a posição que agasalha a interpretação mais coerente, *ex autoritate legis*. Com efeito, rezava o *caput* do art. 261 do Código Penal Republicano: “Asseverar em juízo como testemunha, sob juramento ou

<sup>7</sup> No tocante ao ascendente do inculcado: “FALSO TESTEMUNHO – Delito não configurado, sequer em tese – Declarações do progenitor do acusado havidas como falsas – Pessoa dispensada, porém do compromisso de dizer a verdade – Rejeição da denúncia, conseqüentemente, mantida – Inteligência dos arts. 342 do Código Penal e 43, nº I, do Código do Processo. Se não há o dever de dizer a verdade, não há a conduta típica prevista no art. 342 do CP, devendo ser rejeitada, conseqüentemente, a denúncia, “ex vi” do art. 43, nº I, da lei adjetiva penal.” (TACRIM-SP – Rec. – Rel. Abreu Sampaio – RT 376/330). E, em relação à irmã do inculcado: “Não comete o crime de falso testemunho a acusada que, ouvida sem prestar o compromisso legal de dizer a verdade em processo-crime contra seu irmão, faz afirmações falsas com o intuito de beneficiá-lo, mormente quando não advertida da faculdade que lhe concede a lei de recusar-se a depor. Inteligência dos arts. 206 e 208 do CPP. [...] Entretanto, se a lei não as submete ao compromisso de dizer a verdade, o que as distingue das compromissadas, as testemunhas informantes não podem cometer o ilícito em apreço.” (TIAP – Ap – Rel. Mello Castro – RT 783/660-661).

<sup>8</sup> “FALSO TESTEMUNHO – Não caracterização – Depoente esposa do acusado – Depoimento prestado, mas não mediante o compromisso de dizer a verdade – Fato atípico – Recurso não provido.” (TJSP – AC – Rel. Baptista Garcia – RJTJSP 90/472). Igualmente nesse sentido: “Ação penal instaurada contra a impetrante pelo delito de falso testemunho – Processo que tinha como réu o marido da mesma – Ausência de compromisso – Inexistência do crime – Trancamento que se impõe – Ordem concedida.” (TJPR – 1ª Câmara Criminal – HC nº 01041/66100/Engenheiro Beltrão – Acórdão nº 13233 – Rel. Campos Marques – J. 17.05.2001. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 29 out. 2001).

<sup>9</sup> “Nesse tema, a lei que exigisse a incriminação de um parente, por outro, estaria fadada ao descumprimento. Disso não se descurou nosso processo penal ao dispensar o testemunho de tais pessoas, salvo a exceção, ora desinteressante. Mas se, embora legalmente dispensado, insiste em depor para mentir, então deve arcar com as conseqüências criminais dessa proposição, preconcebida falsidade; qualifica-se o elemento subjetivo, agora na unívoca adesão ao plano pactuado.” (TJSP – AC – Rel. Ary Belfort – RJTJSP 61/331).

<sup>10</sup> Ver Hungria (1958-1959, v. 9, p. 485); Faria (1959, v. 7, p. 177); Noronha (1995, v. 4, p. 368); Prado (1984, p. 66); Jesus (1989, v. 4, p. 241); Pedrosa (1993, p. 11); Ferreira (1998, p. 46) e Ponte (2000, p. 36).

afirmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circunstâncias essenciais do facto a respeito do qual depuzer: [...]” (ARAÚJO, 1901, v. 1, p. 287).

O *caput* do art. 342 do Código vigente, já na redação anterior à Lei nº 10.268/2001, o que foi respeitado na atual, não manteve a elementar respeitante ao juramento, o qual tornou-se irrelevante para a caracterização delitiva. Como bem acentua Prado (1984, p. 68), “[...] a norma incriminadora insculpida no art. 342 do Código Penal não erige o compromisso a *conditio juris* da tipicidade do fato. Não constitui ele, portanto, elemento do tipo penal, daí sua irrelevância na tipificação da conduta.”

Além disso, cabe notarmos que o próprio conceito de testemunha, construído *ipso iure*, sobre os pilares do art. 202 do CPP, compreende tanto os que prestam compromisso, quanto os que não o prestam. O compromisso não é a argila que molda a testemunha, mesmo porquanto o art. 210, *in fine*, do aludido diploma processual, determina ao magistrado que advirta as testemunhas das penas cominadas ao falso testemunho, sem firmar qualquer distinção, isto é, sejam elas numerárias ou apenas informantes. É esta a judiciosa conclusão de Ferreira (1998, p. 46):

Não há o que se distinguir entre testemunha numerária e testemunha informante. Todas são testemunhas e com isto se contenta o Código Penal. O art. 342 do Código Penal não exige que a testemunha preste compromisso. Poder-se-ia até mesmo deduzir que o art. 342 do Código Penal contempla uma norma penal em branco, já que é o Código de Processo Penal que vai dizer quem é testemunha e por esta razão disciplinar a matéria. Ora, o Código de Processo Penal, em seu art. 203 (sic), estabelece os casos em que não será deferido o compromisso à testemunha.

Observe-se, contudo, que a referida codificação, em seu art. 210, parte final, manda que o juiz advirta as testemunhas das penas cominadas no art. 342 e aí não faz distinção alguma: todas as testemunhas deverão ser advertidas das penas do falso, inclusive a informante. Volto a dizer, é vedado ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

A única exclusão a que a lei processual penal se permite, na consideração das testemunhas, refere-se à “pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa” (art. 209, § 2º, do CPP) (BRASIL, 2002, p. 386).

Desaparece, pois, para efeito de configuração da infração de falso, a diferenciação entre testemunha numerária e testemunha informante. Ambas são testemunhas e podem ser agentes do crime em comento. Nesse sentido labora a lição de Hungria (1958, v. 9, p. 485): “Tendo o Código abolido a condição ou pressuposto do “juramento ou compromisso”, não há distinguir, na espécie, entre testemunha *numerária* e testemunha *informante*; já não pode esta prestar impunemente testemunho falso.”

O compromisso, à luz do Direito brasileiro, surge então como mera garantia de natureza formal, que concede ao depoimento, em princípio, maior valor probatório, mas cuja ausência não descaracteriza o testemunho, porque não compõe a sua essência. Seu escopo é lembrar ao depoente a sua grande responsabilidade perante a Justiça, robustecendo-lhe a noção do dever e pressionando-o a declarar a verdade. Daí o valor superior que inicialmente é atribuído à prova produzida pela testemunha compromissada. O compromisso, resume Ponte (2000, p. 35), “[...] tem conotação estritamente no campo valorativo das declarações da testemunha, de forma que sua dispensa serve apenas para considerar-se menos intenso seu valor probante.”

A dispensa do compromisso, por sua vez, não implica a dispensa do dever de dizer a verdade, visto que o dever de testemunhar ostenta caráter público. Mentir sem compromisso é tão grave quanto mentir sob juramento. Pelo princípio do livre convencimento do juiz, este pode colher os fundamentos de seu *decisum* na seara da prova semeada, seja pela testemunha numerária, seja pela testemunha informante. Portanto, o falso testemunho de uma ou de outra pode igualmente levar a erro o julgador, prejudicando severamente a administração da justiça, objeto jurídico da infração em tela. Por isso, torna-se evidente que a falta de promessa de dizer a verdade ou o compromisso, na correta asserção de Faria (1959, v. 7, p. 177), “[...] não faz desaparecer o delito, máxime no sistema da livre convicção na apreciação da prova.”

Conquanto na maioria das vezes os depoimentos das testemunhas compromissadas desfrutem de maior prestígio em termos probatórios, ao magistrado é permitido inclusive rechaçá-los, conferindo maior valor aos testemunhos dos informantes, caso o contexto das provas levantadas assim o motive. O compromisso, comenta Ponte (2000, p. 37):

[...] consubstancia-se em simples garantia formal, sem a qual o depoimento pode ser igualmente, ou até superiormente, valioso, tanto assim que ao juiz, na livre apreciação da prova, permite-se lastrear sua convicção nas informações de testemunhas não compromissadas, desprezando, em contrapartida, os depoimentos das regularmente compromissadas.

Portanto, não é por estar ou não compromissada que a testemunha se

sujeita às penas cominadas ao falso testemunho; ela se torna agente ao afrontar o seu dever de dizer a verdade, na posição de depoente. Se não fosse assim, nenhum valor teria o depoimento do informante. É precisamente o que pontifica Noronha (1995, v. 4, p. 368):

Parece-nos que desde que deponham, as testemunhas “informantes” não estão dispensadas de dizer a verdade, já que por seus depoimentos pode o juiz firmar a convicção, o que lhe é perfeitamente lícito, em face do princípio inconcusso, consagrado pelo Código de Processo, do livre convencimento, aliás, posto em relevo na “Exposição de Motivos”.

Observe-se também que a lei penal não distingue ao se referir à testemunha. Por outro lado, força é convir que se fossem elas eximidas do dever de dizer a verdade, seria inútil permitir-lhes o depoimento.

Cumpra esclarecermos, por fim, que os termos *compromisso e advertência*, embora sejam ocasionalmente empregados, sobretudo em parte da jurisprudência, como palavras que se confundem, beirando a equivalência, apresentam conotações bastante distintas. O compromisso “visa apenas conferir um estímulo moral à testemunha, destacando que a verdade é imperiosa”, enquanto a advertência constitui “uma ameaça velada dirigida à testemunha, no sentido de que ela não deve mentir”, sob pena de incorrer nas penas previstas para o crime de falso, sendo que o motivo do enleio repousaria “na praxe da utilização simultânea das duas fórmulas, que geralmente são deduzidas num único contexto pela autoridade que preside o ato de coleta do depoimento.” (FERREIRA, 1998, p. 47). Em um ponto, porém, o compromisso e a advertência se aproximam: a ausência de qualquer dos dois, por exemplo, por esquecimento de parte da autoridade judiciária, no momento da coleta do depoimento, não autoriza a descaracterização da conduta típica do falso. Assegura Prado (1984, p. 69), com precisão,

[...] que a falta de advertência da testemunha nos termos legais ou o compromisso indevidamente prestado não impossibilitam o delito. Como bem assevera Marsich, não é a advertência que faz surgir o dever da testemunha, este existe *ex lege* independentemente daquela, que é um simples *richiamo alla legge*.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Ademais, é mister não olvidarmos que, em consonância com a disposição insita no art. 21, *caput*, do CP, “o desconhecimento da lei é inescusável” (BRASIL, 2002, p. 261).

*Ita plane*, da mesma maneira que o compromisso, a advertência não é elementar do crime de falso testemunho.

A jurisprudência que espelha a posição dessa segunda corrente é bastante significativa. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria, nesse sentido: "A formalidade do compromisso não mais integra o tipo do crime de falso testemunho, diversamente do que ocorria no primeiro Código Penal da República, Decreto nº 847, de 11.10.1890."<sup>12</sup>

O fato do nosso ordenamento penal não mais contemplar o juramento ou compromisso como condição para a tipificação do falso não é o único ponto destacado na jurisprudência. Alguns julgados salientam também a inexistência de distinção entre as testemunhas numerárias e as informantes para o efeito de caracterização do delito<sup>13</sup> ou a constatação de que as não compromissadas, como os parentes do inculcado, também podem ser sujeitos ativos do ilícito.<sup>14</sup>

Nos países germânicos e anglo-saxões, em geral, ou nos que sofreram influência significativa dos mesmos, predomina, ao contrário, a visão da infração de falsidade testemunhal como perjúrio, tendo sua incidência vinculada à quebra do juramento.<sup>15</sup> No Direito anglo-saxão, particularmente, o juramento judicial sempre desempenhou um papel de grande relevância.<sup>16</sup> O *Perjury Act* de 1911 muito bem expressa esta característica. Prevê a sua Seção I que "a pessoa

<sup>12</sup> STF – HC – Rel. Paulo Brossard – RT 712/491. Na mesma linha, citamos o seguinte acórdão do TJPR: "Ser a testemunha conculhado da parte não a impede de prestar o compromisso legal, cujo juramento, ademais, não se constitui em elementar do tipo incriminador do art. 342, do Código Penal." (TJPR – 2ª Câmara Criminal – AC nº 0082590100/Primeiro de Maio – Acórdão nº 11874 – Rel. Telmo Cherem – J. 02.12.1999. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/judwin/ListaTextoAcordao2.asp?Codigo=00825901>> Acesso em: 29 out. 2001).

<sup>13</sup> "O art. 342 do CP não condiciona o falso testemunho ao compromisso, que se reduz a simples anotação formal. Tendo o Código abolido a condição ou pressuposto do *juramento ou compromisso*, não mais se pode distinguir entre testemunha numerária e testemunha informante, não podendo esta prestar impune falso testemunho. O compromisso não é condição de punibilidade, nem entra na descrição da figura típica. A sua eventual omissão não elide a responsabilidade da testemunha pela falsidade de suas declarações." (TJSP – HC – Rel. Hoepfner Dutra – RT 415/63). Também nesse sentido: RT 321/71 e 392/115.

<sup>14</sup> "FALSO TESTEMUNHO – Caracterização – Depoimento judicial mentiroso – Testemunha que não presta compromisso – Irrelevância – Promessa de dizer a verdade que não é condição para a configuração do delito – Ordem denegada." (TJSP – HC – Rel. Jefferson Perroni – RJTJSP 83/430). Ainda nesse sentido: "O informante (testemunha não compromissada) pode ser sujeito ativo do delito de falso testemunho, visto que a ausência do compromisso não lhe retira a qualidade de testemunha, bem como o dever de falar a verdade. Potencialidade lesiva." (TJRS – 3ª Câmara Criminal – AC nº 697261477-Porto Alegre – Rel. Saulo Brum Leal – J. 12.11.1998. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/fjpr/ementas/tjrs/697/261/29726147719981112.htm>>. Acesso em: 29 out. 2001).

<sup>15</sup> O Código Penal alemão (*StGB*) apresenta, entretanto, uma situação peculiar. Contempla o crime de perjúrio em seu § 154, Seção Nona, Parte Especial, designando como sujeito ativo a pessoa que jura com falsidade perante um tribunal ou outro órgão competente para a tomada de juramento; o de juramento falso no § 156 da mesma seção, apontando como agente, por exemplo, aquele que assevera falsamente ante uma autoridade competente, com falso juramento; e, ainda, o de declaração falsa não jurada no § 153, igualmente da Seção Nona, tendo como sujeito agente a testemunha ou perito que declara falsamente, sem juramento, diante de um tribunal ou outro órgão competente para a tomada de declaração jurada de testemunhas ou peritos (EIRANOVA ENCINAS, 2000, p. 106).

que, havendo prestado juramento lícito como testemunha ou intérprete em um processo judicial, faz uma declaração relevante para este processo, sabendo que é falsa ou não crendo em sua veracidade, será culpada de perjúrio.” (GILES, 1957, p. 261, tradução nossa).

Debruçando-se sobre as características gerais do perjúrio no Direito americano, Kaci (2001, p. 365) principia comentando que, no *common law*, o perjúrio dizia respeito à conduta de deliberada e intencionalmente dar falso testemunho enquanto sob juramento em um processo judicial, e acrescenta que a essência do delito não mudou, porém conheceu ampliação de seu âmbito, hodiernamente cobrindo também a hipótese de testemunho sob juramento fora dos domínios da sala do tribunal.

O Direito francês, embora de feição não germânica ou anglo-saxã, também apresenta o juramento como condição essencial do testemunho, o qual mereceu referência explícita no tipo especificado no art. 434-13 do novo *Code Pénal* (*le témoignage mensonger fait sous serment*), que entrou em vigor em 01.03.94. Não é testemunha a pessoa que não presta juramento, sendo tão-somente ouvida “a título de simples informação (*à titre de simple renseignement*) e não estando sujeita às penas do crime sob análise.<sup>17</sup> Por outro lado, todo indivíduo juramentado é considerado testemunha, ainda que, na realidade, seja incapaz de prestar juramento. Só ele pode ser sujeito ativo do delito de falso

<sup>16</sup> “In Anglo-Saxon legal procedure, judicial oaths played a very important part, being taken both by jurors and by compurgators. Both these classes were punishable for any perjuries they uttered. But the functions of the modern witness had not yet been differentiated from those of the juror; and perjury by witnesses was consequently an unknown crime. And when, in the fourteenth century, witnesses began to be brought in to inform the jury, perjury by them was not made a punishable offence. Hence it became a maxim that the law regarded every witness's oath as true. Even the ecclesiastical courts, though treating breaches of faith in general as matters within their jurisdiction, took no notice of the grave breach of faith involved in giving false witness. But, before the end of the fifteenth century, the Star Chamber sometimes interposed to punish perjuries. And, in the sixteenth century, Parliament itself began to interfere with the immunity of witnesses, dealing in 1540 with subornation of perjury, and in 1562 with perjury itself. But for each of these offenses it imposed only a pecuniary penalty, recoverable civilly by a penal action. Finally, however, the Star Chamber, in 1613, declared perjury by a witness to be punishable at common law.” (KENNY, 1952, p. 347). “No processo legal anglo-saxão, os juramentos judiciais desempenhavam um papel muito importante, sendo prestados tanto por jurados como por compurgadores (espécies de testemunhas de defesa no direito antigo, que atestavam a inocência e testemunho verdadeiro de outrem). Ambas as classes eram puníveis por quaisquer perjúrios que proferissem. Mas as funções da moderna testemunha ainda não haviam sido diferenciadas daquelas do jurado; e o perjúrio por testemunhas era consequentemente um crime desconhecido. E quando, no séc. XIV, as testemunhas começaram a ser apresentadas para informar o júri, o seu perjúrio não foi transformado em crime punível. Por isso, tornou-se uma máxima de que a lei considerava todo juramento de testemunha como verdadeiro. Mesmo as cortes eclesásticas, embora tratando abusos de confiança em geral como matérias do âmbito de sua jurisdição, não faziam caso do grave abuso de confiança envolvido em dar falso testemunho. Mas, antes do fim do séc. XV, a Câmara Estrelada (tribunal de exceção abolido por Charles I) algumas vezes intervinha para punir perjúrios. E, no séc. XVI, o próprio Parlamento começou a interferir na imunidade das testemunhas, lidando em 1540 com o induzimento ao perjúrio, e em 1562 com o próprio perjúrio. Mas, para cada um destes delitos, ele impunha tão-somente uma pena pecuniária, civilmente recuperável por meio de uma ação penal. Finalmente, contudo, a Câmara Estrelada, em 1613, declarou o perjúrio de testemunha passível de punição no *common law*.” (tradução nossa). Ver ainda Kenny (1921, p. 372).

<sup>17</sup> “Il suit encore de ce principe que les peines du faux témoignage ne sont pas applicables aux déclarations mensongères faites en justice sans serment, auxquelles la loi elle-même n'attache que la valeur de simples renseignements – Cass., 18 juill. 1861, Mohamed-Ben-Hadj Djelloul.”, ou seja, “Decorre ainda deste princípio que as penas do falso testemunho não são aplicáveis às declarações mentirosas prestadas na justiça sem juramento, às quais a própria lei somente atribui o valor de simples informações – Cass., 18 jul. 1861, Mohamed-Ben-Hadj Djelloul.” (tradução nossa).

testemunho (*faux témoignage*). A jurisprudência francesa, já ao tempo do *Codex* anterior, consagrara esse princípio.<sup>18</sup> Garçon (1956, t. 2, p. 410) justifica a necessidade de manutenção do juramento (*serment*), *in verbis*:

*D'ailleurs, toutes les législations positives ont puni le parjure. La formule du serment et le serment prêté marquent alors la distinction du simple mensonge, que la loi ne peut réprimer, avec le faux témoignage, qui constitue un crime ou un délit punissable. Par là se trouve établie la nécessité du maintien de ce serment solennel.*<sup>19</sup>

Diferentemente do Direito francês, a maior parte das legislações modernas co-irmãs, de tipo latino, concebem como característica marcante da infração em tela a alteração da verdade nas declarações perante as autoridades competentes e não a violação do juramento, que não é entendido como pressuposto do tipo, razão pela qual a denominam de falso testemunho e não perjúrio (termo preferido pelo direito dos países germânicos e anglo-saxões). São exemplos de Códigos Penais que adotaram esse posicionamento o italiano (art. 372), o português (art. 260.1), o espanhol (art. 458.1) e o argentino (art. 275, *caput*).

Ranieri (1975, t. 4, p. 48) assinala a desnecessidade da condição do juramento no contexto do apontado estatuto substantivo italiano:

*Según nuestro Código Penal, no es necesaria la formalidad del juramento para que exista el delito de falso testimonio, como lo demuestra, entre otras cosas, el que se haya suprimido la disminución de la pena para quien ha declarado una falsedad sin juramento, disminución que se encontraba en el Código de Zanardelli de 1889. (artículo 214, párrafo último).*<sup>20</sup>

Na realidade, os Códigos Penais italiano e português segregam dos arts. 371 (*falso giuramento della parte*) e 359 (falsidade de depoimento ou

<sup>18</sup> Observa Garçon (1956, p. 411) que “la jurisprudence a toujours fermement maintenu ce principe, et elle en a fait une fréquente application en annulant les arrêts ou les verdicts qui ne constataient pas que le prétendu faux témoin avait prêté serment.” Isto é, diz ele que “a jurisprudência sempre manteve firmemente este princípio, e ela fez dele freqüente aplicação anulando as sentenças ou os veredictos que não constatavam que a pretensa testemunha falsa houvesse prestado juramento.” (tradução nossa).

<sup>19</sup> “Aliás, todas as legislações positivas puniram o perjúrio. A fórmula do juramento e o juramento prestado assinalam então a distinção entre a simples mentira, que a lei não pode reprimir, e o falso testemunho, que constitui um crime ou um delito punível. Por aí se encontra estabelecida a necessidade da manutenção desse juramento solene.” (tradução nossa).

<sup>20</sup> “Segundo nosso Código Penal, não é necessária a formalidade do juramento para que exista o delito de falso testemunho, como o demonstra, entre outras coisas, o fato de que se haja suprimido a diminuição da pena para quem declarou uma falsidade sem juramento, diminuição que se encontrava no Código Zanardelli de 1889 (art. 214, parágrafo último).” (tradução nossa).

declaração de parte), respectivamente, a exigência do juramento para a conformação típica. O *Codex* lusitano ainda toma em consideração as formalidades do juramento e da advertência para apenas agravar as penas infligidas ao ilícito de “falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução.” (art. 360.3).

Dignos de nota são igualmente os direitos suíço e cubano. Na Suíça, o Direito Federal e a maioria dos Códigos cantonais deixaram de lado a diferenciação entre o testemunho e a simples informação. O Código Penal cubano, de linha socialista, embora haja optado pelo termo *perjúrio* para nomear o crime em apreciação, não traz qualquer alusão às garantias formais do compromisso, juramento ou advertência como condições da tipicidade das ações de prestar uma declaração falsa ou deixar “*de decir lo que sabe acerca de lo que se le interroga*”, isto é, “de dizer o que sabe acerca do que se lhe interroga”, consoante art. 155.1 do Código Penal cubano (CUBA, 1996, p. 82).

Retornemos ao Direito brasileiro. Ainda resta tecermos alguns comentários adicionais sobre a robusta dissensão doutrinária e jurisprudencial enraizada entre nós, relativa ao alcance da palavra *testemunha* para fins de definição do sujeito ativo do falso testemunho (*caput* do art. 342 do CP), fonte de inúmeras decisões pretorianas antagônicas, até no âmbito de um mesmo tribunal, geradora de certa insegurança jurídica. Uma opção adequada para pôr termo à mesma é a inserção de um novo parágrafo, que seria preferencialmente o inicial, no corpo do artigo *sub examine*, apresentando, para efeitos penais, o conceito de testemunha ou simplesmente indicando que o *caput* diz respeito tanto a testemunhas compromissadas quanto informantes. A primeira solução teria precedente consagrado em nosso ordenamento, uma vez que o art. 327 do Estatuto Substantivo Penal já abriga disposição concernente ao conceito de funcionário público, para efeitos penais. O dispositivo, segundo lembra Mirabete (2000, v. 3, p. 295), tem o “[...] intuito de evitar divergências e controvérsias referentes ao conceito de funcionário público, além de resguardar mais efetivamente a Administração Pública” ou, mais especificamente, nas palavras de Noronha (1995, v. 4, p. 205), “[...] evitar as divergências e controvérsias reinantes, acerca do conceito de funcionário público no Direito Administrativo, ora tomado em sentido amplo, ora restrito; às vezes, derivando da noção de *autoridade*, outras provindo da relativa à função etc.”<sup>21</sup>

Na mesma linha, o dispositivo aqui proposto teria o mérito de afastar a acirrada polêmica existente quanto à possibilidade da testemunha informante desempenhar o papel de sujeito agente do crime de falso testemunho. Também representaria uma lapidação do conceito de testemunha, ora trabalhado *lato sensu*, ora *stricto sensu*, no direito processual penal. Significaria, por fim, um

---

<sup>21</sup> Ver igualmente Fragoso (1989, v. 2, p. 404).

instrumento mais efetivo de resguardo da administração pública em sentido amplo e, em especial, da regularidade da administração da justiça, constantemente atingida por condutas atentatórias ao desvendamento da verdade. Embora viesse a ser alocado na Parte Especial do Código Penal, mais exatamente no art. 342, o parágrafo em vista aplicar-se-ia a todo o diploma legal indigitado, bem como a outras leis. No caso do *Codex*, citemos, logo de início, além do art. 342, outros dois exemplos de dispositivos que se beneficiariam diretamente de tal solução: os arts. 343 (corrupção ativa de testemunha ou perito) e 357 (exploração de prestígio), ambos fazendo expressa alusão à figura da testemunha no *caput*.

A inclusão do conceito em foco, para efeitos penais, igualmente serviria, não para construir um fosso entre a concepção de testemunha no direito penal e a vigente no direito processual penal, como acontece, em certa medida, no tocante ao conceito de funcionário público no direito penal e no direito administrativo, mas para edificar uma ponte ainda mais sólida entre os dois primeiros direitos, ratificando o entendimento doutrinário e jurisprudencial que, a nosso ver, acertadamente extrai do direito processual penal os fundamentos para a definição dos contornos da figura da testemunha de que trata o art. 342, compreendendo tanto a testemunha compromissada como a informante. O conceito necessariamente destacaria o caráter indiferente da prestação do compromisso e aglutinaria as características mais marcantes da testemunha e do teste-munho no direito processual penal e no contexto do mencionado art. 342: a via de expressão oral, a capacidade de produzir prova em depoimento, a presença de uma autoridade, a existência de processo, procedimento ou juízo arbitral, apenas para discriminarmos as principais. A redação do parágrafo poderia ser formulada *in verbis* ou em forma assemelhada: *Considera-se testemunha, para os efeitos penais, a pessoa chamada a depor ou que se apresenta espontaneamente para fazê-lo, em inquérito policial, procedimento, processo ou juízo arbitral, perante uma autoridade policial, administrativa, do Ministério Público ou judiciária, com o intuito de produzir prova de fatos sob apuração, mediante prestação ou não de compromisso.*

Outra solução possível, mais simples, seria o acréscimo de parágrafo que tão-somente patenteasse que a figura da testemunha, referida no *caput* do artigo analisado, abrange a não compromissada e a informante, conforme defendido pela corrente doutrinária e jurisprudencial a que nos filiamos. A redação poderia ostentar a seguinte feição: *Considera-se testemunha, para os efeitos penais, tanto a compromissada quanto a informante.* Ou ainda: *Considera-se testemunha, para os efeitos penais, a pessoa que depõe mediante prestação ou não de compromisso.*

Não obstante julgarmos qualquer dessas duas soluções formalmente

adequada, poderíamos avançar mais. As mesmas, é verdade, afastariam qualquer dúvida quanto à possibilidade da testemunha informante praticar a infração em comento, o que entendemos, consoante antes ressaltado, ser a posição hermenêutica mais coerente. Por outro lado, ainda deixariam em aberto a questão, insistentemente apontada pela tendência doutrinária e jurisprudencial contrária, de que o falso testemunho prestado com o objetivo de beneficiar parente próximo possui características peculiares, face à natureza do interesse envolvido, que, embora não sirva de argumento sólido para a equivocada interpretação de que o *caput* do art. 342, com alicerce no estatuto processual, não implicaria a testemunha informante, levanta um problema relevante: o de que tal testemunha merece tratamento penal diferenciado em relação à compromissada. É mister apresentarmos duas últimas opções, até aqui não ventiladas. Nenhuma das duas conhece precedentes no Direito penal brasileiro, ao menos no respeitante ao delito de falso. Por motivo de política criminal e utilidade social, acreditamos que a solução mais equitativa, refletindo o contexto das modernas tendências despenalizadoras, seria a inclusão de parágrafo no bojo do art. 342 do Código Penal, dispondo sobre a atenuação de pena em caso de falso perpetrado por qualquer das pessoas listadas no art. 206 do Código de Processo Penal. Teríamos, então, o crime de falso privilegiado. Este dispositivo teria a vantagem dialética de, a partir dos argumentos antitéticos sustentados pelas duas principais vertentes hermenêuticas discutidas, exibir uma síntese, na forma de uma causa de diminuição de pena, que dedicaria tratamento diferenciado ao sujeito ativo que, em razão de relações afetivas, agisse para beneficiar outrem (o cônjuge ou parente próximo), sem descuidar, evidentemente, da proteção dos interesses da administração pública em sentido lato e, especialmente, da regularidade da administração da justiça, violada por condutas atentatórias, como o falso, à persecução e ao afloramento da verdade, preservando, assim, mais especificamente, o interesse de afirmação do dever jurídico de falar a verdade, inerente a todas as testemunhas. O próprio Fragoso (1989, v. 2, p. 534), paladino da corrente que pugna pela não inclusão da testemunha informante no rol dos agentes do ilícito de falso, declara ser duvidosa a correção do critério da lei brasileira, no sentido de permitir que a pessoa se negue a depor nos casos do art. 206 do CPP, mas sem excluir a infração de falso testemunho quando a dita faculdade legal não é aproveitada e dá-se um depoimento mendaz, tendo em conta, sobretudo, a ressalva ínsita na última parte do dispositivo apontado.<sup>22</sup> A solução que acabamos de propor, além do mais, não é desconhecida fora dos ares pátrios, pois alguns códigos alienígenas, a exemplo do alemão (§ 157) e do suíço (art. 384), prevêm a atenuação de pena na hipótese do falso testemunho ser cometido para beneficiar parente próximo.

A última opção seria a mais avançada em termos de medida

---

<sup>22</sup> Ver ainda nota de rodapé 1.

despenalizadora, porém teria a inegável desvantagem de fazer pesar a balança em desfavor da necessidade de resguardo da regularidade da administração da justiça: a isenção de pena, sob o molde de uma escusa absolutória.<sup>23</sup> O Código Penal italiano, em seu art. 384, situa o falso testemunho prestado para beneficiar parente próximo entre os casos de não punibilidade (*casi di non punibilità*).

## Referências Bibliográficas

ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado: parte especial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. v. 1.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Falso testemunho. Universidade Federal de Santa Maria. Direito. Artigos. Direito processual penal. p. 1-2. Disponível em: <[http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo\\_penal/falso.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo_penal/falso.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2001.

CUBA. *Código Penal*: ley n. 62, de 27 de diciembre de 1987. La habana: Jurídica, 1996.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Coord.). *Código Penal alemán (StGB), Código Procesal Penal alemán (StPO)*. Tradução de Juan Ortiz de Noriega et al. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record 1959. v. 7.

FERREIRA Luiz Alexandre Cruz. *Falso testemunho e falsa perícia: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2.

GARÇON, Émile. *Code pénal annoté*. Paris: Sirey, 1956. t. 2.

GILES, Francis T. *El derecho penal inglés y su procedimiento*. Barcelona:

<sup>23</sup> Sales (1993, p.83) conceitua as escusas absolutórias como “aquela particular espécie de normas que isentam de pena o agente culpável, pela prática do injusto típico, tendo em vista considerações de ordem político-criminal.” No CP, seu *locus* está firmado nos arts. 181 e 348, § 2º.

Bosch, 1957. Título original: *The criminal law: a short introduction*.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, [1958-59]. v. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

KACI, Judy Hails. *Criminal law*. 2nd. ed. Nevada: Copperhouse, 2001.

KENNY, Courtney Stanhope. *Esquisse du droit criminel anglais*. Traduit par Adrien Paulian. Paris: Marcel Giard, 1921.

\_\_\_\_\_. *Outlines of criminal law*. 16th. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução de Paulo Fróes. 15. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2001. Título original: *Matheus Maleficarum*.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. v. 3.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Falso testemunho: anotações de direito e processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 9-21, jul./set. 1993.

PONTE, Antonio Carlos da. *Falso testemunho no processo*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Falso testemunho e falsa perícia*. São Paulo: Saraiva, 1984.

RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal: parte especial*. Bogotá: Temis, 1975. t. 4.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

# TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

JOAQUIM JOSÉ MIRANDA JÚNIOR

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da

Universidade de Coimbra

Doutorando em Direito pela Universidade do Museo Argentino

**SUMÁRIO:** Primeira parte – Ligeiras considerações sobre as provas em geral em Processo Penal – 1 Prova direta e prova indireta – 2 Quando é que são produzidas as provas? – 3 Seria válida uma condenação baseada unicamente em prova trazida aos autos pela defesa? – 4 Presunção da inocência, *in dubio pro reo*, e ônus da prova de inocência – 5 Existe ônus da prova em Processo Penal? – 5.1 A intensidade da prova apresentada: absoluta ou relativa – 5.2 Presunção e ficção – 6 A prova das eximentes – 7 A questão das provas de ofício em matéria criminal – Segunda parte – Provas proibidas e provas ilícitas – 8 O magistrado vedando a produção de provas – 9 A lei proibindo a produção de provas – 9.1 A questão da prova extralegal – 9.2 Sistema de valoração da prova – 10 Provas proibidas em virtude de vício em sua obtenção – 11 O porquê da proibição de provas ilícitas – 12 A consequência da utilização de provas proibidas e suas derivadas – Terceira parte – A relatividade da proibição de provas – 13 Relatividade nas provas obtidas mediante tortura ou maus-tratos – 14 Relatividade nas provas conseguidas com infringência à intimidade – 14.1 O sigilo bancário – 14.2 As gravações não consentidas de conversas particulares – 14.3 Provas alcançadas com a violação às correspondências e ao domicílio da pessoa – 14.4 Provas granjeadas mediante devassa das comunicações – 15 Relatividade das provas consequenciais das proibições de prova.

## PRIMEIRA PARTE

### LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROVAS EM GERAL NO PROCESSO PENAL

Nenhum direito do homem pode ser tido como absoluto, se eventualmente invocado em detrimento da vida, integridade física, liberdade ou segurança alheia.

Para Welzel (2003, v. 1, p. 27), “O direito penal é a parte do ordenamento jurídico que determina as ações de natureza criminal e as vincula com uma pena ou medida de segurança.” Enquanto isso, Bentham (1971, v. 1,

p. 10) assegura que “*El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.*” Reconstrução histórica de um fato que se pretende verdadeiro, a prova começou a adquirir seu sentido jurídico moderno a partir da disseminação do sistema de júri na Europa, no séc. XIII, e substituiu a prática de impor sofrimentos terríveis a acusados com o erroneamente chamado *juízo de Deus*. Prova<sup>1</sup> é um fato ao qual a ordem jurídica alia a produção de um certo efeito jurídico, visando com isso a aplicação do Direito, por meio de um processo, a um acontecimento concreto.

Do ponto de vista teleológico, a prova pode ser definida como o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação de convicção no julgador de que certa afirmação constante do processo é validamente aceitável como fundamento daquela decisão.

Destina-se a prova a demonstrar, positiva ou negativamente, que os fatos previstos hipoteticamente na norma ocorreram concretamente. É com ela que o julgador busca certeza íntima a respeito dos temas levantados nos autos processuais, para que possa solucionar o litígio.

Contrário à idéia universalista de que a prova visa demonstrar a realidade dos fatos, Silva (1993, v. 2, p. 78) defende que a prova visa demonstrar tão-só os fatos alegados pelas partes em um processo, seja ele civil ou penal. A

<sup>1</sup> Para além da definição do ponto de vista teleológico que segue no texto, encontramos na doutrina definições e conceitos vários para *prova*:

“Prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade.” (MALATESTA, 1912, p. 21).

“Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.” (CAPEZ, 1999, p. 239).

“Posto um thema, as provas são os instrumentos empregues para demonstrá-lo segundo as regras do processo.” (SIRACUSANO, 1999-2001, p. 371).

O Código de Processo Penal português também parece dar uma contribuição, ao prever no art. 124 que “[...] constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do acusado e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis e os fatos relevantes para a determinação da responsabilidade civil.”

Ou ainda os excelentes contributos infracitados, coligidos por Ribeiro (1995, p. 5-22):

“Segundo COUTURE a palavra prova, etimologicamente falando, deriva do latim *proba*, ae, do verbo *probo*, denominativo de *probus*, que significa originalmente *que marcha recto, bueno, honesto, probo* [...] segundo CARNELUTTI, por ‘*prueba no se llama solamente el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto*’ [...] para CARNELUTTI prova é o elemento que ‘*permite conocer la existencia material del hecho que luego él tiene que valorar jurídicamente*’ [...] Aproximando-se mais do critério subjetivo CHIOVENDA, quando diz: ‘*Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo*’ [...] Conforme S. SANTIS MELENDO ‘*prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia*’. Segundo DEVIS ECHANDÍA, ‘*prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*’. Consoante MITTERMAIER, ‘*prueba es la suma de los motivos que producen la certeza*’. E para J. BENTHAM, no seu mais amplo sentido, ‘*prueba es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho*’, [...] E continua o autor dizendo mais adiante que: ‘*En todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin*’ [...] como bem demonstra o conceito do Prof. SÉRGIO G. PORTO, para quem ‘*PROVA JUDICIAL é a reunião dos meios aptos a demonstrar (critério objetivo) e dos meios aptos a convencer o espírito de quem julga (critério subjetivo).*’”

crítica que se faz a essa assertiva é que o Processo Penal, não apenas na fase da investigação mas igualmente na fase processual propriamente dita, deveria perseguir a mais ampla verdade fática, em especial se no caso concreto isso redundasse em benefício para a defesa do réu. Chama-se prova não apenas o resultado probatório mas também o *iter*, ou seja, a atividade destinada a produzir tal resultado. A prova só será interpretada como resultado do *itineris probatoria*, se for suficiente para provocar no espírito do julgador a convicção de que certa alegação singular de fato, a existência ou não de certos fatos, pode ser justificavelmente aceita como fundamento válido da decisão a ser dada.

Importante nesse sentido o destaque de Asencio Mellado (1989, p. 61) para quem a prova, além de poder ser tida como atividade destinada a demonstrar a realidade dos fatos, vai mais longe, funciona como uma espécie de garantia de um processo justo, como forma de contenção de possíveis arbítrios. Eis que a demonstração da verdade não pode se dar a qualquer preço, senão nos estritos limites da licitude das provas. E mais ainda, as decisões judiciais hão de ser obrigatoriamente fundamentadas e públicas, o que possibilita ampla fiscalização e controle sociais.

Na mesma acepção, Santis Melendo (1967, p. 524) já afirmava que a prova seria a manifestação mais metajurídica que encontramos no mundo do Direito, e também a mais indispensável, de forma que um processo sem prova carece de verdadeiro sentido.

## **1 PROVA DIRETA E PROVA INDIRETA**

Diz-se direta ou imediata a prova quando o próprio órgão julgador procede a uma aquisição originária, ou seja, examina um fato principal e daí extrai direta e imediatamente sua percepção. Se assim não acontecer, a prova será mediata ou indireta por aquisição derivada (MENDES, 1961, p. 248) podendo se dar nas modalidades indiciária ou representativa.

É indireta indiciária a prova que o julgador obtém por dedução ou presunção baseada noutros fatos. É indireta representativa quando a informação é transmitida por outrem e a prova fica assim baseada na fé sobre as declarações humanas.

## **2 QUANDO É QUE SÃO PRODUZIDAS AS PROVAS?**

É princípio geral que toda prova deve ser produzida em audiência (SILVA, 1993, v. 2, p. 81). Inquestionável, todavia, que certas provas devam ser recolhidas em outras fases processuais, *vg.*, uma perícia realizada na fase do inquérito policial. Daí ser comum afirmar-se que tal atividade de recolha de

provas sejam meros meios de obtenção de prova, não constituindo, por isso mesmo, de *per se*, fonte de convencimento do julgador e não sendo, portanto, meios de prova propriamente ditos.

### **3 SERIA VÁLIDA UMA CONDENAÇÃO BASEADA UNICAMENTE EM PROVA TRAZIDA AOS AUTOS PELA DEFESA?**

Sim. Pelo princípio da aquisição da prova, não se tem em conta propriamente quem a produziu. Se a mesma se faz validamente presente nos autos, de forma inequívoca, ela haverá que ser levada em conta. Não se valoriza, portanto, a prova pela sua origem, pelo contrário, é mais relevante o estudo das consequências da falta de provas.

### **4 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, *IN DUBIO PRO REO*, E ÔNUS DA PROVA DE INOCÊNCIA**

O art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que toda a pessoa acusada de crime tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se prove a sua culpabilidade, conforme a lei. A disposição é proclamada também no art. 14º, nº 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no art. 6º, nº 2, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, além de constar das principais Constituições dos povos civilizados de hoje, sendo assim um dos direitos fundamentais do cidadão.

Como tal, é um verdadeiro princípio de prova, o que naturalmente vincula a todas as autoridades, não interessando a instância.

O princípio da presunção da inocência identifica-se com o princípio *in dubio pro reo* e o abrange, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova deve ser sempre valorado a favor do acusado (MACHADO apud SILVA, 1993, p. 90). Diante da instauração de um processo, nasce assim, paralelamente, uma presunção provisória de inocência do acusado que só poderá ser desfeita após a regular e legal colheita de provas, se o julgador se convencer da culpa do agente.<sup>2</sup>

Isso implica que, antes da decisão final e definitiva, o processado não poderá receber tratamento de responsável criminalmente, não se lhe aplicando quaisquer das consequências derivadas da prática de fato criminoso. A presun-

<sup>2</sup> Isso não impede, todavia, medidas contra o acusado, como aquelas confirmadas pelos nossos tribunais, determinando a prisão cautelar do réu tão logo sentenciado, mesmo antes de trânsito em julgado da decisão. (TACRIM-SP – AP nº 571.921-5, de 08.03.1990, RT 656/303 ; TACRIM-SP – HC nº 180.324-4, de 18.04.1989 RJ 149 133, etc.).

ção de inocência irá, assim, exigir que toda decisão condenatória seja precedida de, pelo menos, uma mínima e suficiente atividade probatória, sob pena de nulidade. E mais, as provas em que se tenha baseado a condenação hão de ser legalmente admissíveis e válidas.

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 175-176) pedem prudência para a aplicação do princípio de que, na dúvida, deve-se decidir em favor do réu:

[...] Dentro dos limites da resistência da flexibilidade semântica do texto são possíveis interpretações mais amplas ou mais restritivas da punibilidade, mas não cremos que isso possa ser feito livremente, mas que deve obedecer a certas pautas, como também entendemos que o princípio *in dubio pro reo* tem vigência penal somente sob a condição de que seja aplicado corretamente.

Exemplificam:

[...] Há casos em que a análise da letra da lei dá lugar a duas interpretações possíveis: uma, mais ampla, e outra, mais restrita da punibilidade. Isso é observado sem superar o plano exegetico. Assim, a expressão 'coisa' do art. 155 do CP pode ser interpretada em sentido ordinário (amplo) ou civil (restrito). Nesses casos é que entra em jogo o *in dubio pro reo*: sempre teremos de inclinar-nos a entendê-las em sentido restritivo e de acordo com este sentido ensaiar nossas construções. Não obstante, esse princípio não tem um valor absoluto, porque bem pode ocorrer que o sistema entre em choque com a expressão entendida em seu sentido restrito e se harmonize com seu sentido amplo, o que, em tal caso, nos autoriza a interpretação mais abrangente, porque tem caráter absoluto o princípio da racionalidade da ordem jurídica, que é o próprio pressuposto de nossa atividade científica.

Em síntese, entendem tais autores que o princípio *in dubio pro reo* nos indica a atitude que necessariamente deve-se adotar para um correto entendimento da expressão da norma de sentido dúbio, mas pode naturalmente ser abandonado se a lei, por acaso, mostrar-se contraditória com o ordenamento jurídico como um todo.

Esquemmatizando, a presunção de inocência implica que:

- a) antes da decisão final e definitiva, o processado não poderá receber tratamento de responsável criminalmente;

- b) não se lhe poderá aplicar quaisquer das consequências derivadas da prática de fato criminoso;
- c) toda decisão condenatória deve ser precedida de pelo menos uma mínima e suficiente atividade probatória, sob pena de nulidade;
- d) as provas em que se tenha baseado a condenação não de ser legalmente admissíveis e válidas;
- e) o encargo de destruir a presunção de inocência recai sobre os acusadores;
- f) conseqüentemente, nunca existirá para o acusado o ônus de provar sua inocência (GOMÉZ LIAÑO Y GONZALEZ, 1991);
- g) reforça-se a exigência da motivação da sentença, tendo em vista que é por meio dela que se comprova se eventualmente lançou-se mão de elementos não constitutivos de prova ou se o processo de valoração teria sido irracional ou ilógico;
- h) o princípio do *in dubio pro reo* jamais poderá ser aplicado de forma absoluta e incondicional. Toda vez que a norma duvidosa estiver em choque declarado com o restante do ordenamento jurídico, a interpretação deverá ser no sentido de harmonizá-la com ele, ainda que, em função desse raciocínio, seja prejudicado o réu.

## 5 EXISTE ÔNUS DA PROVA EM PROCESSO PENAL?

A doutrina não coloca sobre os ombros de qualquer das partes o ônus da prova no sentido formal, ou seja, não há a obrigatoriedade de apresentação de provas. Cabe à parte apresentá-la, mas, se eventualmente não o fizer, não estará infringindo a lei. Tão-somente haverá de arcar com as consequências jurídicas da falta da prova no caso concreto.

A defesa poderá, por exemplo, numa primeira manifestação em um processo, não desejar apresentar suas provas, quer para não expor seus argumentos à acusação, quer para aguardar momento mais oportuno para fazê-lo, quer para aguardar uma causa extintiva da ação penal, v.g., prescrição, ou por outro motivo qualquer.

Assim como a defesa, a acusação não tem também a obrigação de fazer prova em qualquer sentido. Longe, aliás, o tempo em que a acusação se dava de maneira cega. Substantivada hoje (salvo raras exceções) no Ministério Público, a acusação tem antes de mais nada um compromisso com a Justiça e com a correta e justa aplicação do Direito, seja requerendo condenação, seja requerendo absolvição.

Todavia, no que respeita ao ônus da prova no sentido material, vige o princípio mediante o qual a prova da alegação incumbe a quem a fizer. Assim,

<sup>3</sup> Entenda-se: para o acusado, vige o princípio da presunção da inocência, incompatível, portanto, dar-lhe a tarefa de provar que não tem culpa, que poderia revelar-se até impossível em alguns casos. Resta, portanto, ao MP provar, se for o caso, os fatos imputados ao acusado, sob pena de, não o fazendo, vê-lo absolvido.

é evidente que as partes haverão que se sujeitar às óbvias consequências de eventual ausência ou deficiência na produção de provas.<sup>3</sup>

## 5.1 A intensidade da prova apresentada: absoluta ou relativa

Para a decisão de mérito definitiva, o julgador depende de uma prova que lhe pareça absoluta, inquestionável. O princípio da verossimilhança, entretanto, esbarra no problema da verdade, da certeza absoluta ao longo dos tempos, a ponto de o próprio Aristóteles dizer que as causas judiciais eram defendidas pelos sofistas, pois eles estavam aptos a defender com a retórica o que estivesse em jogo, para qualquer das partes, pois a verdade é contingente e sobre ela não há unanimidade.<sup>4</sup>

Evidente que a verdade é assunto que interessa ao Direito como um todo, mas é essencial na questão das provas judiciais, já que o julgador aguarda sempre que as partes provem a verdade dos fatos que asseveram, no dizer de Santos,<sup>5</sup> para quem “a prova consiste em ‘a exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência dos fatos’”. Assim, evidente que, caso as partes não provem suficientemente os fatos que alegam, o juiz deverá buscar, de ofício, novas provas rumo ao seu alvo: a descoberta da verdade.

Por outro lado, para os provimentos jurisdicionais provisórios, o julgador contenta-se com uma prova relativa ou verossimilhante. Nas cautelares ou mandados de segurança criminais, por exemplo, de acordo com a visão defendida por Ronaldo Cunha Campos (sem referência), no Brasil, e por Patti (1985, p. 503), na Itália, em cada caso se deve ter o *grau dell'accertamento* da verossimilhança requerida pela lei, alterando em função do fato concreto. Portanto, para um provimento temporário do pedido, não há o ônus de uma demonstração absoluta dos fatos alegados. Para obter um adiantamento da prestação jurisdicional, via liminar, é suficiente que se apresente um pedido em tese factível, provável, que pareça verdadeiro, já que a comprovação definitiva do fato só será exigida para o momento da decisão de mérito.

## 5.2 Presunção e ficção

<sup>4</sup> “[...] E é o próprio ARISTÓTELES que ao dividir os gêneros do discurso reserva ao gênero judicial a Retórica. Trata-se de uma técnica própria reservada aos juristas, se bem que esta figura só irá surgir em Roma, mas ele já dá os primeiros passos, é o método dialético, que encontra na retórica e na tópica plena aplicação. Define o autor a tópica como sendo ‘a invenção de um método que nos ensine a argumentar acerca de todas as questões propostas, partindo de premissas prováveis, e a evitar, quando defendermos um argumento, dizer seja o que for que lhe seja contrário [...]’” (RIBEIRO, 1995, p. 28).

<sup>5</sup> SANTOS, Moacyr Amaral (apud Ribeiro, 1995, p. 6).

Às vezes, a prova de um fato é substituída por figuras jurídicas denominadas presunção e ficção. Presumir é aceitar um fato como verdadeiro, antes e independentemente de prová-lo, levando-se em conta aquilo que geralmente acontece. Como exemplo, o menino concebido pela mulher na constância do casamento é geralmente filho do marido, por isso, a lei o presume legítimo. A presunção, portanto, assenta na ordem natural das coisas. O fato pode, no entanto, contrariar essa ordem natural e a presunção cederá diante da prova de que, no caso particular, não se operou aquilo que normalmente sucede. O fato indicativo da presunção é o indício. No exemplo da filiação legítima, o fato de a criança ter sido concebida na constância do casamento é indício de que o pai é o marido, o que, por isso mesmo, a lei determina seja presumido independentemente de prova. Cabe à parte o ônus de apresentar prova em contrário, caso deseje derrubar a presunção.

Ao contrário da presunção, que se baseia na realidade das coisas, a ficção resulta de considerar verdadeiro, para fins de direito, um fato que na realidade não o é. Quando a lei considera preso em flagrante quem já não está mais cometendo o crime, assim o faz porque, para se ter certeza da autoria, tanto vale que alguém seja encontrado cometendo a infração penal quanto que seja surpreendido logo após a prática do crime, ou perseguido em situação que leve a supor ser ele o autor da infração, ou, ainda, encontrado com instrumentos, armas ou objetos que autorizem a mesma suposição. Quando a lei equipara o flagrante verdadeiro ao fictício, está dizendo que essas situações têm o mesmo valor, embora saiba que são diferentes. O direito é valorativo, preocupa-se com o que vale um fato, não com o que ele é. (NOVA..., 2001). Também a ficção admite prova em contrário, o que deverá ser cabalmente demonstrado.

## 6 A PROVA DAS EXIMENTES

Se se tratar da ocorrência de causas excludentes da ilicitude ou eximentes (legítima defesa, por exemplo) pensam alguns que caberia ao acusado fazer a prova da excepcionalidade.<sup>6</sup>

Para Capez (1999, p. 241), “[...] cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais.” Todavia, é importante clarificar a situação. É evidente que o acusado, em seu próprio interesse, deve fazer a prova dos fatos que alega, mas devemos de atentar para a realidade de que, às vezes, por deficiência de meios materiais ou humanos, o acusado não consegue fazer a prova que lhe competia.

---

<sup>6</sup> MERLE, Roger; VITU, André (apud SILVA, 1993).

Ora, pelo princípio da presunção da inocência, mencionado acima, em caso de fundada dúvida não se pode condenar alguém por um fato que talvez pudesse não ser punível, que não tenha sido suficientemente aclarado por falta de provas. Evidente que levantando o acusado fundada hipótese de ocorrência de circunstância desculpante, o julgador não poderá ignorá-la. Mesmo que mencionada de forma breve, poderá da mesma se beneficiar, não obstante parem dúvidas sobre sua afirmação.

Uma coisa, porém, exige-se: que ao mencionar a desculpante, o acusado seja capaz de suscitar dúvida no espírito do julgador. Claro está que mera referência de haver agido sob o amparo de tais e tais circunstâncias, sem quaisquer evidências e sem quaisquer provas a respeito, levará o julgador a ignorar a menção.

Em resumo, sendo verossímil a afirmação do acusado, a falta de provas, por circunstâncias várias, não poderá prejudicá-lo. Por outro lado, afirmações incoerentes e levianas dispensam o julgador de sequer analisá-las ou demonstrar a ausência das causas alegadas, embora a esse respeito decida fundamentadamente, como é seu dever fazê-lo em qualquer decisão.

## **7 A QUESTÃO DAS PROVAS DE OFÍCIO EM MATÉRIA CRIMINAL**

É Dias (1974, v.1, p. 192) quem apregoa que deve ser Processo Penal “[...] de estrutura basicamente acusatória, integrada pelo princípio da investigação judicial.”

O juiz precisa buscar a verdade para poder julgar com serenidade. Nessa busca, sua primeira aliada é a prova, “[...] a qual tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa.” (RIBEIRO, 1995, p. 6).

Assim, de acordo com o princípio da investigação judicial, cabe ao juiz, de ofício, em suplência às eventuais deficiências das partes, investigar em busca de esclarecer o fato submetido a seu julgamento. Contrasta, portanto, com o princípio da discussão, mediante o qual o julgamento deve se cingir aos limites das provas apresentadas pelas partes.

O Ministério Público, o acusador particular e a defesa dispõem da mais ampla faculdade de apresentação de provas em juízo, e as mesmas são aproveitadas a critério do julgador, que, todavia não fica a elas limitado, podendo, na eventualidade de entender necessário, diligenciar em busca de maiores subsídios, visando, em última análise, dar a decisão mais justa possível e mais afinada com a realidade dos fatos.

O princípio da investigação judicial está claramente consagrado no Código de Processo Penal – CPP, pelo menos nos dispositivos destacados:

---

Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código:

---

XI – ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências desti-

nadas a sanar qualquer nulidade, ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

---

Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

---

O CPP abre mais 46 oportunidades ao juiz para, *de ofício*, requisitar inquéritos, determinar seqüestro, verificar falsidade, nomear curador, determinar a realização de exames e de avaliações, a oitiva de testemunhas, buscas, prisões, interdições, expedir ordens de *habeas corpus*, ou “ordenar diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse à decisão da causa.” O princípio vige até mesmo se se tratar de ação penal de iniciativa privada (VILAS BOAS, 1999, p. 416).

A experiência tem mostrado que, além da natural falibilidade humana, deficiências outras podem ser notadas, especialmente em algumas defesas gratuitas e oficiosas. Ora, num Estado de direito não se concebe que alguém possa ser condenado criminalmente com base numa verdade formal apresentada — quem sabe — com certa deficiência pelas partes, e o julgador, mesmo ciente da falha, seja impedido de buscar autonomamente novas provas<sup>7</sup> e a verdade histórica. Chama-se atenção tão-somente para o fato de que o julgador deverá se preocupar a todo tempo em preservar a sua imparcialidade, sob pena de ser confundido com acusador ou defensor do réu.

## SEGUNDA PARTE

### PROVAS PROIBIDAS E PROVAS ILÍCITAS

Na Bíblia Sagrada o Senhor Deus já teria orientado, por meio de Moisés, que haveria de ter certa regularidade na colheita de provas para fins judiciais: “Por depoimento de duas ou de três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por depoimento de uma só testemunha não morrerá.” (BÍBLIA... 1993, p. 204). A prova obtida a partir do depoimento de uma única testemunha não era suficiente para impor pena de morte. Para o efeito era uma prova ilícita. Entretanto, o que hoje se chama de princípio da exclusão das

---

<sup>7</sup> Estando o julgador em busca da verdade histórica, e em contraposição à passividade das provas apresentadas pelos sujeitos processuais, diz-se estar em busca da *verdade material*, que evidentemente não se exige ser a *verdade absoluta*, mas aquela prática e humanamente factível, e obtida dentro dos meios processualmente válidos.

provas ilicitamente obtidas, *exclusionary rule*, parece ter surgido a partir de 1914, quando a Suprema Corte Americana,<sup>8</sup> ao apreciar o *Caso Weeks* passou a considerar inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, como uma espécie de resposta às constantes violações de direitos fundamentais que persistiam malgrado os esforços de combatê-los com sanções civis, administrativas e até mesmo penais.

Hoje, pacífico no direito da maioria dos povos civilizados, que alguns meios de prova devem ser proibidos, em nome da proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade do cidadão de um Estado que se diz de Direito. Assim é que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVI, assegura que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. De primeira mão, surge-nos o problema da interpretação da expressão legal *meios ilícitos*. A palavra *meio*, por si só, é geralmente subentendida como recurso empregado para se alcançar um objetivo. E o que dizer do *meio ilícito*? O constituinte não definiu a expressão. Etimologicamente, a palavra ilícito tem origem no latim *illicitu* e, na nossa língua, significa “[...] proibido pela lei; injurídico; ilegítimo; contrário à moral e/ou ao direito [...]” (FERREIRA, 1998).

Aranha,<sup>9</sup> numa acepção bastante liberal, chega a afirmar que:

[...] ‘o constituinte usou a expressão ilícito em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer que há outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade, e os princípios gerais do direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização, são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.’

Outros, todavia, com um pouco mais de reserva, preferem ater-se aos circunscritos termos do que é legiferado e limitam-se a dizer que prova ilícita é “[...] a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à

<sup>8</sup> Silva (1993, p. 78) afirma que E. Beling (1903) parece ter usado pela primeira vez, no início do séc. XX, a expressão *proibição de provas* em sua obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*.

<sup>9</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo (apud MOSSIN, 1996, p. 56).

intimidade.” (GRINOVER, 1992, p. 109).

Mossin (1996) entende que as provas ilícitas não são apenas aquelas *proibidas por lei*, vez que tal não teria ficado assim delimitado em qualquer norma legal, e por essa razão entende que se deve dar ao termo a acepção mais ampla possível, ou seja, o ilícito deve abranger também tudo aquilo que seja contrário à moral, aos costumes, aos princípios gerais do Direito etc.

Um exemplo ilustrador é aquele de um ex-Presidente da República que era acusado perante a mais alta Corte do Brasil da prática de crimes de corrupção passiva, corrupção ativa de testemunhas, coação no curso do processo, supressão de documento e *falsidade ideológica*. Ao final, foi absolvido, já que as provas que lastreavam o processo foram tidas como provas de obtenção ilícita, por terem sido alcançadas a partir de gravações telefônicas clandestinas e da memória de um microcomputador apreendido sem autorização judicial. O caso de repercussão nacional, em que eram acusados o ex-Presidente Fernando Affonso Collor de Mello e seu tesoureiro de campanha, o Sr. Paulo César Cavalcanti Farias, foi manchete em outras plagas, vez que o Poder Legislativo acabara de proferir decisão histórica de afastar o Presidente por *impeachment*.<sup>10</sup>

A justificativa da decisão absolutória era que a gravação telefônica teria sido feita por apenas um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Além do mais, a *degravação* não teria obedecido ao princípio do contraditório e teria sido utilizada com violação à privacidade alheia, ferindo o art. 5º, LVI; X e XII, da CF/88. A ilicitude relacionada ao microcomputador era pelo fato de haver sido *apreendido com violação de domicílio*, e o acesso aos dados nele gravados ter se dado *ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas* (art. 5º, X e XII, da CF/88).<sup>11</sup>

É, entretanto, notável que a mesma Suprema Corte brasileira já teve a oportunidade de rever a conceituação dos meios tidos como ilícitos, para obtenção de provas, conforme será exposto mais adiante. De qualquer sorte, cristaliza-se o entendimento de que, no caso da Constituição do Brasil, a expressão

<sup>10</sup> Ação penal nº 307-3-DF – 13.12.1994 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.10.1995, p.34247, sob o ementário de nº 1804-11. O julgamento da ação penal resultou na seguinte ementa: “AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESTA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDA, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA.”

<sup>11</sup> Referida ação foi julgada em Plenário em 09.12.1994, sob a presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Estavam presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. E, ainda, o Senhor Procurador-Geral da República Aristides Junqueira.

*provas obtidas por meios ilícitos* significa todas as provas que se obtenham por meios que eventualmente firam as normas ou princípios constitucionais, de proteção das liberdades e dos direitos da personalidade (TEIXEIRA, 2001).

Conclui-se, assim, que no modelo brasileiro, a proteção ao cidadão é sobremaneira ampla, pois qualquer prova que vier a ser tida como *ilícita*, conquanto afrontar os direitos da personalidade e as liberdades constitucionalmente asseguradas, será inadmissível no processo.

## 8 O MAGISTRADO VEDANDO A PRODUÇÃO DE PROVAS

O magistrado depende das provas para se instruir convenientemente sobre os fatos sob sua apreciação. Assim, não raro, pode até mesmo buscar de ofício as provas que entende indispensáveis para clarificar a questão. Todavia, ainda que possa parecer paradoxal, pode ele indeferir a produção de provas em alguns casos consagrados pela doutrina, o que, aliás, tem sido de certa forma acolhido pelos tribunais e aos poucos recepcionado pela legislação. É que o julgador não deve ficar vinculado a produzir todas e quaisquer provas requeridas durante a instrução. Os principais motivos que podem levá-lo a indeferir a produção de uma prova são:

- a) inadmissibilidade – indefere-se o requerimento quando as provas ou os meios de sua produção forem moralmente inadmissíveis, por contrariar a ordem pública e os bons costumes, ou legalmente inadmissíveis, conforme manda o sistema das regras legais;
- b) vidência – quando os fatos estão calcados numa premissa imediatamente evidente que se admite como verdadeira sem exigência de demonstração. Dispensa-se a prova, vez que a convicção já está formada ante a evidência. Por exemplo, é desnecessário exame interno no cadáver de um banhista, para determinar-lhe a causa da morte, se ele houver sido gravemente dilacerado por um tubarão;
- c) notoriedade – quando o conhecimento do fato for tão amplo, de forma a estar incorporado na própria cultura da sociedade. *Notorium non eget probatione*. Por exemplo: o Natal é comemorado no dia 25 de dezembro;
- d) presunção legal – consequência que a própria lei deduz de certos atos ou fatos e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário. Por exemplo, da leitura do art. 171 do CPP entende-se que, quando for desconhecida, os peritos indicarão a data em que presumem ter sido o fato praticado. Não que haja aí uma proibição legal, propriamente dita, para a produção de provas, mas que o juiz estará autorizado a deduzir, por força do que a lei lhe faculta, que uma prova adicional em tais casos poderá ser indeferida, sendo suficiente aquela mencionada pela lei;

- e) inutilidade – significa que a prova que se pretende produzir nada tem a ver com o *thema probandi*, ou então é supérflua, no sentido de que visa demonstrar fato que já está mais do que provado e claro. Funda-se no princípio *frustra probatur quod probatur non relevat*. A irrelevância, como não poderia ser diferente, leva o julgador a indeferir a pretendida produção de prova, até mesmo por princípio de economia processual, visto que não exerceria qualquer influência sobre a decisão a ser prolatada;
- f) inadequação – é quando evidentemente a prova que se propõe, de antemão já se mostra imprópria, inadequada e inconveniente para o objetivo visado;
- g) inobtenibilidade – verifica-se essa hipótese nos casos de o meio de prova ser de obtenção impossível,<sup>12</sup> improvável ou muito duvidosa.

Aliás, tendo em vista o grave e indesejável acúmulo de processos em todas as instâncias, não que se encontrar meios de dinamizar e agilizar a Justiça e, nesse diapasão, nada mais salutar do que o diligente magistrado indeferir a produção de provas incabíveis, desnecessárias, inadequadas e infactíveis, nos termos retro demonstrados. Num outro extremo, evidente que são de todo detestáveis as decisões arbitrárias, que no mero afã de apresentar alta produtividade, castram a indispensável produção de provas, especialmente a testemunhal, entendendo-a supérflua sem sequer conhecer o que sabe o depoente. Atente-se que, na fase da instrução, as partes ainda não têm conhecimento do nível de convicção que detém o magistrado em relação aos fatos. Daí que, em nome da prudência, em casos de dúvida, é recomendável que se admita a produção da prova.

## 9 A LEI PROIBINDO A PRODUÇÃO DE PROVAS

Para Roxin (1981, p. 47) as leis são necessárias para garantir a liberdade individual no mundo, muito embora elas pouco possam fazer frente a regimes ditatoriais e de exceção. Daí a necessidade imperiosa de se manter a integridade do Estado democrático de direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. No mesmo art. 5º, ainda há disposições similares, a saber:

---

Art. 5º

---

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direi-

---

<sup>12</sup> Para Bentham (1971, p. 22) “[...] un hecho considerado imposible es un hecho que, si existiese, violaría las leyes de la naturaleza” e, os “hechos jurídicos imposibles no puede significar sino improbable en el más alto grado.”

to à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

---

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;

---

Segundo Silva (1993, p. 94), “[...] proibindo a utilização de meios de prova proibidos pela lei, a norma consagra também, ao contrário do sistema da prova tarifada, a liberdade da prova, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer fatos todos os meios de prova admitidos em direito.” No seguimento, lembra ainda que tal princípio não se aplica ao Processo Civil, onde há casos em que não se admite a prova testemunhal, e que os fatos só podem ser provados por documentos.

Vê-se, portanto, que a própria lei cria uma espécie de barreira, mediante a qual determinadas provas não poderão ser utilizadas no processo, a saber, as provas obtidas por meios ilícitos e todas aquelas cuja produção for nominalmente proibida pelo ordenamento jurídico.

## 9.1 A questão da prova extralegal

Há que se atentar para o fato de que, geralmente, as legislações enumeram alguns tipos de prova, e os disciplinam. Por exemplo, o legislador fala da prova testemunhal, da perícia, dos documentos etc. Perguntar-se-ia: as provas não enumeradas na legislação seriam vedadas no Direito? A resposta é negativa. Admitem-se todas as provas (mesmo as não alistadas como, por exemplo, um diagnóstico genético) desde que tais provas não sejam vedadas pela lei. Isso porque vige hoje, desde a Revolução Francesa, o que chamamos de princípio (ou sistema) da *liberdade de valoração da prova*. Desde que não se partam para a seara das *provas ilícitas* (item 10 à frente) a lei não intervém para enumerar ou limitar as provas e seus meios de produção, tudo em nome da melhor e mais perfeita busca da tão almejada verdade.

## 9.2 Sistemas de valoração da prova

A lei se interessa também pela valoração da prova. Assim, diante do que se estabeleceu no item anterior, existem três grandes sistemas de avaliação

da prova, que na prática costumam aparecer entremesclados (NOVA..., 2001) e que podem ser assim sintetizados:

- a) sistema da íntima convicção — nesse primeiro sistema, a sentença baseia-se na certeza moral do juiz que, por isso, não precisa fundamentar a sentença. Esse sistema, que é o mais primitivo para todos os povos, deixa o réu ou as partes ao arbítrio do juiz. Tem vigência ainda hoje apenas no que respeita aos veredictos dos jurados;
- b) sistema das regras legais ou da prova tarifada ou ainda da vinculação na valoração da prova — já aqui a certeza moral do juiz é substituída pela certeza legal: a lei fixa de forma rígida quais são as provas capazes de levar à convicção e quais delas não são idôneas para tanto. Proíbe, ainda, que o julgador se valha de provas não contidas nos autos. Foi o sistema que viveu durante a Baixa Idade Média e no Estado Absoluto, *em função da busca de contenção do arbítrio dos juízes* (GUILLEN, 1990, p. 450). Presente discretamente hoje em disposições que exigem, por exemplo, exame pericial para crimes que deixem vestígios;
- c) sistema da liberdade de valoração da prova<sup>13</sup> — próprio das legislações modernas, esse sistema voltou a outorgar ao juiz maior liberdade na apreciação da prova. Exige-se, porém, que o mesmo fundamente sempre sua decisão nos elementos contidos nos autos: o juiz deve convencer-se e convencer os outros.<sup>14</sup> Se, não obstante seu esforço, não consegue persuadir quaisquer das partes, o interessado recorre. Se não convence o Tribunal, esse modifica o julgamento. Trata-se, portanto, de um *livre convencimento motivado*, dentro das regras comuns da lógica, da razão e das máximas do conhecimento científico, já que a prestação jurisdicional não apenas se destina ao convencimento do jurisdicionado mas também expõe-se à sua fiscalização

## 10 PROVAS PROIBIDAS EM VIRTUDE DE VÍCIO EM SUA OBTENÇÃO

Poderíamos classificar as provas proibidas da seguinte forma:

- a) provas ilícitas — aquelas que violam direito material, implicando geralmente a prática de um ilícito (criminal ou não), cuja nulidade é verificada no momento da colheita da prova. Compreendem por exemplo: ameaças em geral; atos ofensivos da integridade física ou moral,<sup>15</sup> intromissão no

<sup>13</sup> Outras designações usadas pela doutrina: *sistema da livre convicção*; *sistema da íntima convicção*; *sistema da prova moral*; *sistema da liberdade dos meios de prova*, ou simplesmente *sistema da liberdade da prova*.

<sup>14</sup> Como evidentemente prevê a CF/88 no art. 93, IX, quando fala da imprescindibilidade da fundamentação nas decisões judiciais.

<sup>15</sup> Curiosamente, a questão da nulidade das provas obtidas sob tortura não consta de forma literal no ordenamento jurídico brasileiro, quer na Constituição, quer na recente Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que veio exatamente disciplinar os crimes cometidos *in tormentis*. Todavia, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura traz no art. 10: "Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo [...] se buscando condenação do torturador."

domicílio e nas telecomunicações; narcoanálise (administração de narcótico para colocar a pessoa em estado involuntário); microfones e registros de voz não autorizados,<sup>16</sup> detector de mentiras (resultados falhos); ciência privada do juiz (*quod non est in actis non est in mundo*); promessa de vantagem ilegal – todos esses recursos, além de vedados, têm ainda o condão de tornar absolutamente nula a prova obtida;

- b) provas ilegítimas – as que violam o direito processual, provocando a nulidade no momento de sua entrada nos autos. Exemplo: juntada de um documento ao processo em fase que não o admita; leitura de um documento desconhecido no plenário do júri, sem autorização para tal etc.;
- c) provas de invocação do sobrenatural – o processo insere-se no plano material, no mundo natural e físico. O sobrenatural, por mais verossímil e extraordinário que possa parecer, jamais poderá ser admitido em juízo.<sup>17</sup> Assim é que não são admitidas as provas demonstráveis só nas orações ou resultantes de supostas psicografias;
- d) provas atentatórias aos direitos indisponíveis da pessoa humana – compreendem-se nessa categoria a própria vida (só em relação a terceiros, para alguns), a autodeterminação da pessoa e a dignidade humana. Mesmo com a concordância do acusado, as provas não poderão ser convalidadas caso afrontem o seu pundonor. Vigora o princípio da proibição das provas atentatórias à dignidade humana, porque, via de regra, tais provas produzem uma perturbação da liberdade da vontade do próprio acusado. Se ele, por exemplo, for colocado sob efeito de substância estupefaciente, tenderá a dizer coisas que preferiria ocultar, se em sã consciência. Além do mais, tais provas não são absolutamente confiáveis, visto que algumas pessoas, mesmo na circunstância especial, ainda ocultam a verdade;
- e) provas ilícitas por derivação – tratam-se de provas não ilícitas por si mesmas, mas conseguidas por intermédio de provas proibidas. Em outras palavras, a prova em si mesma considerada seria “[...] plenamente legal, porém a ela se chegou por meio ilícito. É exemplo encontrado na doutrina, a interceptação telefônica clandestina por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em seu depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.” (MOSSIN, 1996, p. 61). O entendimento

<sup>16</sup> O STF já passou a admitir como válida a prova de gravação de conversa, quando pelo menos um dos interlocutores tem conhecimento do assunto (STF – HC nº 74.678/1-DF – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 15.08.1997, p.37036).

<sup>17</sup> Com isso não se impõe sejamos céticos quanto à realidade do mundo espiritual. Pelo contrário, entende-se que enquanto no plano material todas as verdades são parciais, provisórias e precárias, só no plano espiritual elas passam a ser absolutas, podendo ser demonstradas pela fé, sendo acompanhadas pela razão até certo ponto. Para fins processuais, todavia, segue-se a regra de que *o que não se acha nos autos não está no mundo*.

mais radical é no sentido de que esse depoimento ainda que tido como *legal* e, por mais relevante que seja no caso concreto, haverá de ser anulado, já que contaminado pela ilegalidade da interceptação telefônica que lhe deu origem. Tem-se em vista a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou *fruit of the poisonous tree doctrine* ou simplesmente *taint doctrine*. Acredita-se que a *taint doctrine* tenha ganhado força a partir de 1920, com uma decisão da Suprema Corte Americana, sobre o caso que ficou conhecido como *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*,<sup>18</sup> a qual, todavia, hoje está bastante mitigada pela *teoria da razoabilidade (reasonableness)* como se verá no capítulo 15, a seguir.

É assim, portanto, a classificação das principais provas proibidas.<sup>19</sup>

## 11 O PORQUÊ DA PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

Trata-se, sem dúvida, de meio de proteção aos cidadãos de limitação ao Estado na busca de provas contra um acusado (e também a seu favor) em qualquer processo ou Tribunal. A propósito, prevê o art. 5º, LVI, da CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” Frise-se que o legislador não se contentou em proibir a produção de provas por meios reprováveis. Foi mais além, proibindo fossem utilizadas no processo as provas eventualmente colhidas por esses meios ilícitos.

A proibição destina-se a todos os que possam levar provas aos autos: desde o acusado até a Polícia, o acusador particular, o Ministério Público ou o julgador,<sup>20</sup> todos estão impedidos de levantar provas com o sacrifício dos direitos do cidadão, sob pena de tais provas não produzirem efeito processual algum.<sup>21</sup> Isso objetiva à proteção integral da pessoa humana, enquanto dissuade as autoridades e as partes de tentarem colher provas por meios ilícitos, pois, de antemão, já se sabe que as mesmas não serão admitidas no processo. A questão da proibição de provas em processo penal não é, todavia, tão serena e pacífica quanto pode parecer a princípio. Alentadas vozes erguem-se, na doutrina e na jurisprudência, contra a aplicação literal dos dispositivos de lei tal qual transcritos.

<sup>18</sup> Tal idéia talvez seja inspirada nas anotações de Liszt (1881) segundo o qual “[...] o crime é ilegal, mas não pode produzir ilegalidade.”

<sup>19</sup> Capez (1999, p. 242) acrescenta ainda serem inadmissíveis as provas incompatíveis com o direito de defesa, o que pode ser, todavia, um raciocínio equivocado, já que o acusado arrependido pode, por exemplo, decidir ir de encontro aos interesses de sua defesa, confessando com detalhes sua conduta criminosa, o que é plenamente aceitável.

<sup>20</sup> Conforme se expôs no capítulo 8 acima, o julgador pode também buscar provas, visando à obtenção da verdade.

<sup>21</sup> Sem prejuízo, é claro, das possíveis sanções administrativo-criminais pela violação dos direitos de outrem.

Se, por exemplo, a um matador de aluguel é destinada uma missiva com agradecimentos por determinado *serviço* realizado, seguindo ainda um cheque do pagamento por parte de seu cliente, mas no caminho é essa correspondência ilegalmente interceptada pela polícia, haverá então certeza da prática do crime, mas a prova colhida terá a peca de ilícita. Sozinha, essa prova autorizaria condenação? Argumenta-se que o matador do exemplo não poderia ser punido só por essa prova, já que nesse diapasão a Justiça estaria lançando mão do resultado da prática de um crime<sup>22</sup> para punir outro. Os fins não poderiam justificar os meios. Ademais disso, surgiria um outro problema: deixar de punir o policial interceptador poderia ser um incentivo à prática de outras condutas delituosas, entretanto poderia também parecer farisaico puni-lo por ter trazido ao processo uma prova válida, que aliás teria sido essencial para condenação de alguém que praticara homicídio.

Por tudo isso, algumas ponderações são necessárias:

- a) está o legislador consciente de que a proibição criada, às vezes, pode significar real embaraço à descoberta da verdade;
- b) exatamente por isso muitas proibições de prova não são estáticas, mas variam em função do lugar e do tempo e das particularidades do caso concreto em exame, precisando, portanto, adaptar-se às exigências sociais e culturais;
- c) muitos fatos criminosos não serão efetivamente provados,<sup>23</sup> simplesmente porque o único meio de prová-los infringiria direitos fundamentais do cidadão, constituindo-se em prova proibida;
- d) o direito à busca da verdade histórica, às vezes, cede lugar a outro mais importante do que ele: o direito da preservação da intimidade do ser humano.

Se é interesse público que move as autoridades à perseguição penal, não é menos público o interesse pela tutela da vida privada e da intimidade.

Andrade (1992, p. 188), regente da disciplina de Direito Penal na Universidade de Coimbra, assevera<sup>24</sup> que o assunto *proibições de prova* está “a nível da compreensão e das coordenadas fundamentais da experiência jurídica, onde prevalece a dimensão material substantiva”, daí porque afirmar ainda que:

Mais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de

<sup>22</sup> Tem-se em vista uma figura penal no ato da interceptação não autorizada de correspondência alheia.

<sup>23</sup> E uma vez não provados, claro está que não serão punidos.

<sup>24</sup> Trata-se, a propósito, de obra indispensável para estudo do tema.

prova, emergem como direitos fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos. E, por isso, como referências e fundamentos autônomos(*sic*) duma tutela que transcende o horizonte do processo penal.

Com isso, assevera o jurista que a questão das proibições de provas transcende a esfera do Direito Penal, do Direito Processual Penal, ou do Direito Constitucional, para ir mais além: à seara dos bens jurídicos fundamentais e imanentes do ser humano – eventualmente, um matiz do direito natural.

## 12 A CONSEQUÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS PROIBIDAS E SUAS DERIVADAS

Ao que se sabe, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria sido o primeiro Tribunal a construir uma teoria em torno das provas proibidas, adotando, até há bem pouco tempo, uma postura bastante radical e intransigente no sentido de considerar-se como absolutamente nula toda prova obtida por meios ilícitos, bem como as daí derivadas, *fruit of the poisonous tree doctrine* já referida.

Numa radicalidade acadêmica, as Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela Súmula 49 afirmaram que “[...] São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.”<sup>25</sup>

É tratada como nula, a princípio, toda prova obtida mediante tortura, ofensa física, moral ou psicológica, ou sob abusiva invasão da privacidade de domicílio, de correspondências, de telecomunicações etc.,<sup>26</sup> enfim, todas as provas obtidas por meios ilícitos, tratadas na Constituição brasileira, que já abordamos. Se, portanto, uma prova é proibida, é como se ela não existisse. Se a nulidade é descoberta quando a prova já está presente nos autos, terá que ser automaticamente tida como nula, e nulos serão também todos os atos decisórios que dela tenham dependido.<sup>27</sup>

São bastante conhecidas as dificuldades em se estabelecer, em cada

<sup>25</sup> É certo, todavia, que pela Súmula 50, estabeleceram que, em benefício da defesa, então “[...] podem ser utilizadas no processo penal as provas ilícitamente colhidas.”

<sup>26</sup> Essa disposição pode ser extraída do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.” Vide, ainda, art. 5º, LVI, da CF/88.

<sup>27</sup> Repete-se: não se olvidando, é claro, da possível punição do responsável pela produção da prova ilícita.

caso concreto, o nexo de causalidade entre a prova inicialmente colhida com infringência de preceitos legais e o dado probatório derivado, ou seja, o denominado *fruto da árvore envenenada*. Assim, é necessário haver uma relação de causa e efeito entre a violação do direito e a prova em tela. Sem essa rigorosa correlação, a prova será válida.

### TERCEIRA PARTE

#### A RELATIVIDADE DA PROIBIÇÃO DE PROVAS

“O direito pode ser imortal, mas não imutável.” (BUZAID, 1985, p. 192). Assim também a questão da proibição de provas. Não obstante o que foi dito nos capítulos anteriores, é importante agora frisar que em função do tempo, do lugar e das circunstâncias fáticas do caso concreto, os tribunais têm, muitas vezes, emprestado relatividade ao princípio da proibição das provas ilícitas. Começamos por lembrar que, em alguns casos, a suposta nulidade na colheita da prova é de insignificância tal, que não chega a macular a regular marcha processual. É básico no Processo Penal o postulado *pas de nullité sans grief*<sup>28</sup> o que naturalmente tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo mensurável para qualquer das partes (BRASIL, 1996b).

Por outro lado, uma prova tida como ilícita pode transmutar-se em lícita desde que obedecidos dois requisitos, a saber: concordância do acusado e inexistência de atentado à dignidade humana. Exemplo: o acusado abre mão do sigilo telefônico em dada hipótese.

A idéia exposta nos capítulos 10 a 12 acima, que tratam da questão das provas proibidas propriamente ditas, é avalizada por muitos outros autores que são radical e incondicionalmente contrários à admissibilidade das provas tidas como ilícitas em quaisquer hipóteses.<sup>29</sup> O certo, todavia, é que não obstante a posição dessas autoridades no assunto, encontramos de outro lado não menos renomados juristas como, por exemplo, colimação de Ribeiro (1995, p. 5), favoráveis em admitir determinadas provas ilícitas, sob dadas condições.

Andrade (1959) é enfático em admitir seja emprestada certa

<sup>28</sup> “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (art. 563 do CPP). E ainda: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.” (art. 566 do CPP).

<sup>29</sup> Grinover (1982, p. 160) chegou a afirmar ser “[...] inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido.” Todavia, dez anos mais tarde, em obra conjunta com outros autores, cede em parte e já agora assegura que é aceitável [...]. “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros [...]” (GRINOVER, 1992, p. 109).

razoabilidade ao aplicar o princípio das provas proibidas, afirmando que, caso contrário, correr-se-ia o risco de, ante a menor falta de habilidade do policial que procede ao primeiro interrogatório ou diante da constatação de possível corrupção de qualquer agente da autoridade, vir a ter-se por inutilizado todo o processo.

Thornaghi (1997, v.3) é outro que relativiza a proibição de provas. Mesmo começando por afirmar que a prova proibida pelo Direito não deveria ser admitida no processo, chega a asseverar que, “quando a prova for obtida violando normas de direito material”, o juiz não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa. Propõe que tal meio seja recusado como prova, mas sugere seja ele tido pelo julgador pelo menos como indício, a partir do qual tudo que se descobrir lícitamente “é válido e admissível em juízo.” Isso parece ser uma clara proposição em desfavor da *taint doctrine*.

Os tribunais também, a princípio reticentes sobre o assunto, e por isso mesmo às vezes criticados pela doutrina,<sup>30</sup> vão aos poucos aderindo à idéia de que ao se considerar os alarmantes casos de proteção individual, deve-se ponderar, em contraposição, eventuais ocorrências do interesse público a ser preservado e protegido.

Entende-se que a proibição do emprego da prova ilícita, em processo criminal, pode ser relativizada pelo princípio da proporcionalidade,<sup>31</sup> segundo o qual entende-se que as normas constitucionais estão a proteger o direito, mas nunca o abuso deste direito.

O princípio da proporcionalidade derivaria diretamente do princípio constitucional do Estado de direito, baseando-se ainda nos direitos fundamentais do indivíduo<sup>32</sup> e, nesse sentido, tem como escopo a limitação do poder legítimo, devendo, por outro lado, estabelecer os critérios de limitação à liberdade individual. Elimar Szaniawski entende que tal princípio deriva do denominado

<sup>30</sup> O STF julgou favoravelmente o habeas corpus nº 73351 de S. Paulo, entendendo que a prova ilícita teria contaminado uma sua derivada, já que “[...] a apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica clandestina.” Tal postura, aliás, no entendimento de Moreira (1996, p.112) não seria a mais feliz, pois a *taint doctrine* não poderia ser importada de maneira passiva e acrítica, sem se considerar as matizes que a recobrem no país de origem, afirmando que a privacidade dos traficantes de drogas jamais deve se situar acima dos interesses de toda uma comunidade em combater o crime de tráfico, já que a mesma Constituição que estipula o direito à intimidade erige também como prioridade o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes. Ademais, a pretexto de se tributar suposto respeito à Constituição não se pode avalorar um afrouxamento ético dos nossos costumes de forma a produzir cada vez mais a impunidade geral.

<sup>31</sup> Por princípio da proporcionalidade entender-se-ia “[...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (MELLO, 1998).

<sup>32</sup> Para alguns tratar-se-ia de um princípio constitucional não-escrito, ou então seria derivado da cláusula da *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF/88) em razão do caráter sustantivo que se deva emprestar à cláusula (HAMILTON, 2002, p. 4).

*Prinzip der Verhältnismässigkeit*, da doutrina alemã, segundo o qual os meios utilizados pelo julgador devem ser sempre proporcionais à situação fática. A proporcionalidade resultaria da pesagem e da ponderação da intensidade do atentado praticado ou dirigido aos direitos e interesses privados, de uma parte, em relação ao peso que o interesse público, ou alheio, posto em causa, efetivamente apresenta.

Capez (1999) faz questão de registrar que o rigor da proibição de provas ilícitas vem sendo atenuado dia a dia nos tribunais, em função do acolhimento da *teoria da proporcionalidade*,<sup>33</sup> que seria originária do direito alemão, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, no período do pós-guerra. Assegura que dado a esse princípio também a Suprema Corte americana, mais radical a princípio, “[...] está admitindo, em algumas hipóteses extremas, até mesmo prova resultante de confissão extorquida.” E prossegue:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Seja a defesa de um princípio constitucional, seja a necessidade de se perseguir um criminoso. O sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio constitucional de menor relevância ao de maior valor social.

O exemplo é esclarecedor:

[...] uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu ‘direito à intimidade’?

Canotilho (1993) defende claramente que o princípio da proibição

<sup>33</sup> De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes [...] para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que excepcionalmente pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (CAPEZ, 1999).

das provas ilícitas não pode restringir os direitos fundamentais da sociedade. Eis que a teoria da proporcionalidade busca conciliar o interesse na preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, com o não menos importante interesse do Estado e da sociedade em punir os culpados.

Guerra (1997, p. 5), ao abordar a questão da obtenção de provas criminais por meios ilícitos, também garante que: “Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime[...]”, lembrando os latinos: *nec delicta maneant impunita*.

Hamilton (2002, p. 4) faz a seguinte colocação hipotética: “[...] o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um dos pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias etc). Pode o Juiz ter presentes essas outras provas?” A resposta é enfaticamente afirmativa, entendendo caber ao Poder Judiciário examinar certas restrições de direitos, apreciando até que ponto são elas justificadas pelo interesse público, admitindo-as como legítimas ou não, face ao caso concreto, sempre que as vantagens que trouxer superarem as desvantagens, por não ser razoável deixar de lado os direitos à vida, à liberdade etc., quando em confronto com a limitação advinda do art. 5º, LVI, da CF/88.

A jurisprudência também se manifesta no mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL –  
HABEAS CORPUS – ESCUTA TELEFÔNICA COM  
ORDEM JUDICIAL – Réu condenado por formação de  
quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em pe-  
nitenciária, não tem como invocar direitos fundamen-  
tais próprios do homem livre para trancar ação penal  
(Corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polí-  
cia. – O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala  
que ‘são inadmissíveis ... as provas obtidas por meio  
ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um  
substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores  
maiores na construção da sociedade. A própria Consti-  
tuição Federal Brasileira, que é diligente e programática,  
oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’  
(*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento  
de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A  
jurisprudência norte-americana, mencionada em prece-  
dente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila.  
Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’  
(*reasonableness*). O ‘Princípio da exclusão das pro-  
vas ilicitamente obtidas’ (*exclusionary rule*) tam-

bém lá pede temperamentos. (BRASIL, 1996).

Vantagens: a teoria ou princípio da proporcionalidade das provas proibidas tem ganho adesão não apenas na medida em que se reconhece a urgente necessidade de se punir os culpados. Mais do que isso, a cautela, previdência e prudência têm levado o Direito a dar um tratamento às coisas comuns de acordo com a realidade social da época. Assim, em nome da relatividade das liberdades públicas, nenhum direito ou liberdade individual são absolutos, devendo ceder, respeitados certos parâmetros, quando estiverem sendo usados para salvaguardar práticas ilícitas (MORAES, 1998) quando patente a aberração do uso do direito pelo criminoso em detrimento do homem de bem. Ora, se o acusado desfruta de garantias processuais, é certo que a sociedade também não está alijada da proteção constitucional contra a criminalidade, que lamentavelmente tem aumentado ao invés de diminuir.

Conforme amplamente divulgado pela imprensa, a própria América do Norte, que tanto falou em *taint doctrine*, tem admitido hoje a derrocada de muitas garantias e direitos individuais, em especial após o fatídico 11 de setembro de 2001.

Passamos, assim, a analisar as hipóteses mais ocorrentes de admissibilidade de provas inicialmente tidas como ilícitas, em nome da admissão do princípio da proporcionalidade.

### 13 RELATIVIDADE NAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE TORTURA OU MAUS-TRATOS

Capez (1999, p. 250) assegura que a *teoria da proporcionalidade*, pela qual admite-se, às vezes, uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade, quebrando-se, assim, um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável, tem sido dia a dia mais difundida. Até mesmo a Suprema Corte Americana, suposta criadora da doutrina da *Exclusionary Rule*, apregoa hoje o *princípio da razoabilidade*, o *reasonableness*, de forma a admitir como válida, em alguns casos extremos, até mesmo a confissão obtida mediante tortura.

Os casos de tortura ou similares podem compreender coação ou ofensa da integridade física ou moral das pessoas, entendidas como as que se obtém (eventualmente até com o consentimento da pessoa) mediante perturbação da liberdade de vontade ou de decisão, por meio de maus-tratos, ofensas corporais, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos e similares; perturbação por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; utilização da força, fora do caso e dos limites permitidos pela lei; ameaça com medida

legalmente inadmissível, e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; promessa de vantagem legalmente inadmissível etc. Em todas estas hipóteses, pode-se, eventualmente, admitir o princípio da razoabilidade, desde que o seu emprego for justificado por vantagens em prol da sociedade superiores às desvantagens apresentadas para o indivíduo. É que, em alguns casos, o agente pode, eventualmente, pretender fazer indevido uso dos seus direitos particulares em prejuízo de toda uma sociedade, que, evidentemente, também conta com direito e proteção legal.

#### 14 RELATIVIDADE NAS PROVAS CONSEGUIDAS COM INFRINGÊNCIA À INTIMIDADE

Moreira (1980, p. 9) adverte textualmente que “[...] a absolutização do direito à intimidade acarreta uma restrição à liberdade da parte de produzir prova em juízo.”<sup>34</sup>

Andrade (1992) aborda uma classificação da vida privada, para fins de aplicação da tutela jurídica, criada pelo Tribunal Constitucional alemão, a saber:

- a) a periférica área da vida normal de relação – o conteúdo objetivo de certas expressões da pessoa, um tanto desligado da sua própria personalidade como, por exemplo, acesso às anotações das encomendas de um cliente em um armazém, ou as ordens de um investidor anotadas pelo corretor da bolsa de valores. As lesões, nesse caso, seriam toleradas, por não terem o caráter absolutamente privado;
- b) esfera da vida privada – diz ser a *área normal da vida privada*. Agora, já mais ligado às relações sociais da pessoa. Respeitado o *princípio da proporcionalidade*, a violação dessa área seria legítima desde que valores ou interesses superiores o exigissem. O exemplo citado é o de gravações telefônicas sem o conhecimento de qualquer dos envolvidos, admitidas sempre que necessárias para o combate de crimes mais graves;
- c) esfera da intimidade – a mais central das áreas da vida particular, que goza de proteção absoluta. *Inviolável e intangível*. Estariam proibidas, a princípio, quaisquer cogitações de violação para fins de provas a esse respeito, por atingir o âmago do indivíduo. Seriam os assuntos relacionados às preferências sexuais do indivíduo, eventuais doenças graves de que seja portador etc.

Interessante, todavia, anotar que o próprio Andrade (1992) admite mais à frente em sua obra, que o princípio da proporcionalidade tem prevaleci-

<sup>34</sup> Para maior aprofundamento sobre o assunto, consultar monografia do Ministro Raphael de Barros Monteiro, publicada na Revista dos Tribunais, v. 194.

do até mesmo sobre a área nuclear da intimidade referida na letra “c” acima. Cita como exemplo concreto a decisão do Tribunal alemão em valorar um diário íntimo como meio de prova de um homicídio qualificado. Registra, portanto, que todo direito individual, por mais especialíssimo que seja, poderá ceder em casos extremamente graves, tendo em vista o equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes. Por isso, o assunto seria uma questão a ser respondida caso a caso, para atender a todas as circunstâncias particulares.

### 14.1 O sigilo bancário

Eis que a questão do sigilo bancário pode ser compreendida no comumente denominado *sigilo de dados*. A quebra do sigilo bancário, além de admitida explicitamente pelas modernas legislações,<sup>35</sup> é igualmente defendida pelos doutrinadores<sup>36</sup> e pela jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (art. 5º, X e XII, da CF). I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo face a determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do parquet federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (BRASIL, 1995).

Havido como uma das expressões da personalidade da pessoa, o sigilo bancário abriga informações sobre haveres, dívidas ou movimentações de cartões de crédito, daí desfrutar de proteção constitucional, só podendo ser quebrado para atender a um interesse maior que o particular: o interesse públi-

<sup>35</sup> No Brasil, contrariando aparentemente a Constituição de 1988 (art. 5º, XII) que determina sigilo absoluto dos dados da pessoa, a Lei nº 9.034, de 03.05.1995, que regulamentou a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, trouxe no art. 2º, III:

“Art. 2º Em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.”

<sup>36</sup> Gomes (apud MOSSIN, 1996, p. 57) teria escrito ‘Uma das providências mais importantes para a investigação e apuração do crime organizado, indubitavelmente, é a quebra do sigilo bancário [...]’

co da punição dos criminosos.

Princípio, todavia, a ser observado, quando houver quebra do sigilo, é o da preservação do *status dignitatis* do acusado que, como sabemos, poderá vir a ser absolvido e ter a sua reputação indevidamente maculada. Dado a isso é necessário que se imponha sempre ao procedimento o segredo de justiça.

#### 14.2 As gravações não consentidas de conversas particulares

O raciocínio aplicável é o mesmo dos demais tópicos, sendo o assunto ilustrado com uma jurisprudência do Tribunal gaúcho:

PRIVACIDADE – DIREITO CONSTITUCIONAL – art. 5º, inciso X, da Constituição da República – Mandado de Segurança visando a apreensão de gravação clandestina, juntada aos autos de processo judicial – A só gravação de conversa familiar por pessoa da própria família, não envolvendo, *prima facie*, assuntos íntimos, mas negócios restritos ao âmbito familiar, não caracteriza violação da intimidade ou privacidade dos participantes do diálogo. A norma constitucional consagra direito que diz com a dignidade pessoal, valor personalíssimo, insuscetível de ser objeto de leilão, por interesses de outrem ou do próprio estado. A norma constitucional veda o controle do modo de ser do cidadão, do indivíduo, a publicização do seu jeito de ser. A garantia constitucional se amplia para o núcleo familiar, invioláveis suas reuniões, por terceiros, estranhos à entidade familiar. A norma visa à preservação da *aexistimatio* própria ou familiar. Indeferimento de liminar em MS mantido.” (RIO GRANDE DO SUL, 1990).

#### 14.3 Provas alcançadas com a violação às correspondências e ao domicílio da pessoa

A princípio, o domicílio não pode ser violado, a menos que fundadas razões o autorizem. É o caso, por exemplo, de flagrante delito, desastre, ou necessidade de qualquer socorro. Evidente que uma prova colhida nessas circunstâncias especiais será válida.

Quanto às correspondências, “[...] a matéria não é pacífica quer na doutrina, quer em sede jurisprudencial, havendo quem sustente, com base na relatividade das liberdades públicas, a aplicação do princípio da

proporcionalidade, de modo a ser possível, em casos graves, a violação do sigilo das correspondências: 'Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.'<sup>37</sup>

Grinover<sup>38</sup> é outra que admite, em casos de extrema necessidade, a interceptação de correspondências particulares, ao dizer que a lei é a '[...] única forma de proteger, de *iure* e de fato, o indivíduo contra interceptações indevidas efetuadas por particulares e pelo poder público, sem privar a este o uso de instrumento que não difere, ontologicamente, de uma apreensão de correspondência e que pode constituir-se no único meio para a colheita de provas atinentes a crimes de extrema gravidade.'

#### 14.4 Provas granjeadas mediante devassa das comunicações

A questão das escutas telefônicas tem despertado, de longa data, os mais acirrados debates entre os operadores do direito no Brasil, em especial, com a edição da Constituição de 1988, quando o assunto ganhou proteção constitucional,<sup>39</sup> recebendo o *status* de garantia individual, só podendo sofrer violação por decisão judicial, nos moldes que ficasse estabelecido em futura lei complementar. A controvérsia perdurou até 1996, quando, então, editou-se a Lei n° 9.296, de 24.07.1996,<sup>40</sup> regulamentando as hipóteses da quebra da inviolabilidade da comunicação telefônica sob ordem judicial,<sup>41</sup> tendo-a como relativa.

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre de (apud CAPEZ, 1999, p. 35).

<sup>38</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini (apud MOSSINI, 1996, p.58).

<sup>39</sup> Com efeito, a CF/88, em seu Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, XII, estabelece o seguinte, *in verbis*: "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;"

<sup>40</sup> Referida Lei aponta que:

- a) só se defere a medida quando o investigado seja acusado pelo menos da participação em infração punida com pena de reclusão;
- b) que a prova, imprescindível, não possa ser obtida por outros meios de investigação;
- c) a escuta telefônica clandestina ou interceptação telefônica pura e simples, é crime, punida com até quatro anos de reclusão;
- d) ante o silêncio da norma, a ação penal será pública e incondicionada;
- e) é indispensável a efetiva participação e acompanhamento do Órgão Ministerial em todas as fases e etapas do incidente de interceptação telefônica;
- f) necessário também que o incidente de interceptação telefônica tramite em autos apartados e apenso à ação penal ou inquérito policial respectivos, em segredo de justiça;
- g) a parte da gravação que não interessar à prova será inutilizada, também por decisão judicial, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada;
- h) as interceptações não autorizadas são crimes punidos com pena de dois a 4 anos de reclusão e multa.

Sá Júnior (1983, p. 309) afirma: "Se às conversas telefônicas puderem, como parece, ser aplicadas as mesmas conclusões relativas a missiva escrita, desde logo afirmar-se-ia que qualquer dos participantes de uma conversa telefônica adquire o direito de ter e de usar, como se fosse dono aquilo que ouviu do outro."

A jurisprudência tem se postado tranqüila quanto ao tema, em especial se a gravação da conversa for do conhecimento de pelo menos um dos participantes do diálogo. Vejamos:

PROVA – Gravação de conversa telefônica – Diálogo entre vítima e réu – Legalidade – Inexistência de interferência de terceiro no interior da conversação – Inteligência do art. 5º, XII, da CF – Declaração de voto – O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem a aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações, sem uso de aparelho telefônico. (SÃO PAULO, 1992b).  
PRODUÇÃO DE PROVA CONSISTENTE EM GRAVAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – Admissibilidade. Moralmente ilícito é a interferência de terceiro. Cumpre ao Juiz apreciar o valor do documento, se necessário, através de perícia. (SÃO PAU-

<sup>41</sup> Além do Brasil, o princípio se faz presente na legislação das seguintes nações, entre outras:

*Portugal*: "É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal." Conforme o art. 34º, n.º 4 da Constituição da República. O art. 187 do CPP disciplina as possibilidades de violação;

*Itália*: é permitida a interceptação judicial da comunicação telefônica nos arts. 266 e seguintes do CPP, vez que a Constituição tratara o assunto de forma genérica;

*Suíça*: a interceptação telefônica é permitida nos casos de crimes graves, conforme art. 7º da Lei Federal sobre Correspondência Telegráfica e Telefônica, de 20.12.68, vez que a CF atual (de 29.5.1874) desconhece a matéria;

*França*: "A livre comunicação de pensamento e da opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo o cidadão pode portanto falar, escrever, imprimir livremente, ressalvada a responsabilidade pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei", conforme art. 11 da Declaração de 1789 (repetido na CF de 1946). Os arts. 369 e seguintes do CP admitem a interceptação com *justa causa*. A jurisprudência tem admitido amplamente a interceptação por ordem judicial;

*Dinamarca*: por expressa autorização constitucional, o art. 750-a do CPP permite a interceptação para crimes apenados com mais de 3 anos de reclusão e aqueles que dizem respeito à segurança nacional.

*Alemanha*: os arts. 100-a seguintes admitem a interceptação, vez que o sigilo, em tese, está previsto na Constituição.

Assim, apesar de vedada a violação das comunicações telefônicas, por atingir a intimidade da pessoa, é ela admitida, em especial se destinada a defender-se como, por exemplo, nos casos da gravação feita a pedido da vítima dos crimes de extorsão.

## 15 RELATIVIDADE DAS PROVAS CONSEQUENCIAIS DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Capez (1999) garante que nos Estados Unidos da América constata-se acentuada e progressiva expansão da relatividade na proibição das provas derivadas em especial se voltadas para a defesa do réu, hipótese em que funcionaria como uma espécie de *estado de necessidade*. Tal expansão é ainda mais notável depois dos recentes atentados terroristas. Gonçalves (1999), igualmente, assegura que naquele país, no que respeita às provas obtidas a partir de uma prova ilícita, prevalece a doutrina da árvore envenenada, contudo sempre minorada pelo *princípio da razoabilidade*. Relata que na Alemanha o efeito à distância das proibições de prova não é ainda menos radical, sendo objeto de ponderação casuística da jurisprudência, e conclui: “[...] solução esta que consideramos preferível.”

Um caso hipotético: pelos depoimentos das duas únicas testemunhas de um processo, o juiz chega à certeza de que o acusado de um crime grave é inocente. Ocorre que a parte final dos depoimentos deixa claro que o acusado só conseguiu arrolar tais testemunhas porque obteve seus nomes numa interceptação clandestina de uma correspondência. Nessas circunstâncias, a carta não poderia servir de prova em juízo, conquanto obtida de forma ilícita. Mas, o que dizer dos depoimentos das testemunhas que de certa forma dela derivaram? Evidentemente, devem em tal hipótese ser admitidos.

Como agiria por certo um tribunal da Colômbia que devesse decidir os destinos da rede de tráfico de entorpecentes, que tantos jovens têm aniquilado naquele país e quase no mundo inteiro, cuja prova decisiva para a condenação fosse derivada de uma interceptação telefônica ilegal?

Também aqui o caso concreto parece exigir que a prova ilícita consequencial seja admitida, dado à preponderância do interesse social na punição dos traficantes.

Determinadas provas chegam de forma fortuita ao conhecimento das

<sup>42</sup> O STF, todavia, aceitou a interferência de terceiro, no HC nº 74.678-1 – DJU 15.08.1997.

autoridades e podem, numa primeira visão, ser tidas como ilícitas. Andrade (1992, p. 275) coloca o seguinte exemplo:

Na base da suspeita do seu envolvimento numa *associação criminosa*, que se dedica ao furto e venda ilícita de automóveis, foi o telefone de A colocado sob escuta. O que permitiu saber, *inter alia*, que a pedido de B, cidadão estrangeiro, e inteiramente à margem das atividades da suposta associação criminosa, A procedeu à falsificação de um passaporte nacional em favor de B.

A dúvida que poderia daí surgir é se A deveria ou não ser punido pela falsificação do passaporte, já que o conhecimento de tal fato se deu de forma não diretamente autorizada. A solução apontada pelo doutrinador é que A deveria ser punido também pelo crime da falsificação do documento, muito embora não fosse esse o propósito direto da autorização da interceptação telefônica, "como aliás pensa também a doutrina e a jurisprudência alemã." Trata-se de mais uma forma de emprego do princípio da razoabilidade.

## CONCLUSÃO

Cabe ao Estado de direito promover, entre outros, a Justiça Penal. Para conseguir tal desiderato, necessitará descobrir a verdade dos fatos, proteger, perante si mesmo, os direitos fundamentais da pessoa e restabelecer a paz jurídica comunitária posta em causa pela prática do crime, reafirmando, consequentemente, a validade da norma violada.

Na antinomia Estado-Indivíduo, persistem, de lados opostos, a manutenção dos princípios fundamentais tradicionais do processo penal e a luta contra a criminalidade, ambas tarefas legítimas do Estado de direito. Em outras palavras, a conflitualidade bipolar se dá entre os direitos entendidos como básicos do indivíduo e os valores ou metas a alcançar com a Justiça Penal. Cabe, evidentemente, ao Estado não apenas consagrar, de forma positiva, os princípios fundamentais do processo penal e protegê-los mas também assegurar os necessários meios de reação, de forma eficaz, contra o odioso acréscimo da criminalidade e contra as perturbações do processo penal.

Aos menos avisados poderá parecer convidativa a idéia de um alastramento desenfreado das proibições de prova, sob um suposto manto do Estado de direito. Paradoxalmente, é inegável o fato de que fantasioso ganho traria consigo perdas mais acentuadas da mesma idéia, pois tal proibição material-

zar-se-ia exatamente em prejuízo da tão reclamada luta contra a criminalidade, que evidentemente é uma tarefa legítima do Estado de direito.

Sobressai da Constituição Federal de 1988 o princípio da razoabilidade, nos mesmos moldes em que prevê a doutrina alemã, como um princípio constitucional não escrito, na medida em que analisa a proibição de uso das provas ilícitas como disposição inserta no Capítulo I do Título II dos Direitos Individuais e Coletivos, e é esse mesmo Título que confere à coletividade o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bens que muitas vezes têm sido violados pela ação do agente fato criminoso, cuja intimidade e privacidade estariam acobertadas pela cláusula da vedação. Daí a necessidade de se homenagear o princípio de equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes, analisando caso a caso as vantagens e as desvantagens do emprego da razoabilidade.

É inafastável a constatação de que os direitos fundamentais não existem para tutelar apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade como um todo, da qual, aliás, emana o Direito e o Processo Penal. Até mesmo por isso é que o indivíduo não pode abrir mão de tais direitos, pois isso poderia implicar prejuízo não apenas para o cidadão, mas poder-se-ia ofender igualmente os interesses do Estado.

Além do mais, compete à Justiça, sempre que se defrontar com cláusulas ilegais restritivas de direitos sociais, apreciar até que ponto seriam elas justificadas pelo interesse público, para só então tê-las como legítimas ou não.

Estamos convictos de que, no Brasil, a exemplo do que se passa no resto do mundo, caminhamos para certa relativização racional da proibição de provas ilícitas, em nome da prossecução da Justiça Penal. Hoje os direitos fundamentais e os interesses do indivíduo perdem a sua unidimensionalidade para ganharem uma valência sistêmico-social. Essa dupla natureza implica dizer exatamente que não se constituem apenas direitos subjetivos mas também direito objetivo, não podendo ser pensados só do ponto de vista dos indivíduos, como faculdades ou poderes de que eles são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins a que ela se propõe seguir.

Por certo, haveremos de concluir que o princípio da proibição das provas obtidas por meios ilícitos e suas derivadas, extraordinariamente, pode ser desconsiderado, se for confrontado com um interesse que lhe seja superior.

## **Referências Bibliográficas**

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1992.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Madrid: Trivium, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 1.

BÍBLIA Sagrada. A. T. *Deuteronômio*. Tradução de João Ferreira Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. Cap. 17.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 4.138-RJ. Impetrantes e pacientes: Waldemir Paes Garcia e outro. Impetrado: Desembargador Relator da ação penal nº 1094 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 05 de março de 1996. Relator: Min. Adhemar Maciel. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 maio 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (2. Região) Habeas corpus nº 95.02.22528-7-RJ. Relator: Juiz Valmir Peçanha. Brasília, 14 de novembro de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 fev. 1996.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 34, p. 192, jul. 1985.

CANOTILHO, Joaquim José. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1974, v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. CD-ROM. Produzida por Lexicon Informática.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 486

GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZALEZ, Fernando. *La prueba en el proceso penal*. Oviedo: Forum, 1991.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 11. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUERRA, João Baptista Cordeiro. O valor probante das confissões extrajudiciais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 285, p. 1-6, jan./mar. 1984.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch, 1990.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/associados/dalla/demoro.htm>>. Acesso em: 1º ago. 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 11. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. Título original: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: A. M. Teixeira, 1912.

MEHMERI, Adilson. *Manual universitário de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São

Paulo: Revista Tribunais, 1998.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MORAES, Alexandre de. *Direitos e garantias individuais*. São Paulo: Curso MPM: Curso preparatório aos concursos de ingresso nas carreiras jurídicas, 1998. Apostila.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p.101-114, jul./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Sigilo bancário e interceptação telefônica. *Revista de Jurídica*, Porto Alegre, v. 44, n. 221, p. 56-65, mar. 1996.

NOVA Enciclopédia Barsa. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações 2001. 1 CD-ROM.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 40, n. 3, 1985.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. Tendências modernas da prova. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 218, p. 5-22, dez. 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo regimental nº 590.019.089-8 – Comarca de Pinambi. Relator: Des. Lio Cezar Schmitt. Porto Alegre, 17 de abril de 1990. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 38, n. 157, p. 101, nov. 1990.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

SANTIS MELENDO, Santiago. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 171.084-1/0 --

Comarca de São José dos Campos. Relator: Des. Euclides de Oliveira. São Paulo, 24 de março de 1992. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 40, n. 181, p. 72, nov. 1992.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Correição parcial nº 126.826-3/0 – Comarca de Santa Cruz das Palmeiras. Corrigente: Justiça Pública. Corrigida: Daysi Ciaco de Oliveira. Relator: Des. Denser de Sá. São Paulo, 16 de setembro de 1992. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 693, p. 341, jul. 1993.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1993. v. 2.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 247, p. 27, 1974.

SIRACUSANO, Delfino et al. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1999-2001. 2 v.

SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 32, n. 33, p. 19-29, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Exposição de motivos da proposta do Ministério da Justiça de alteração do Código de Processo Penal brasileiro.<sup>43</sup> *Vade-Mecum Jurídico*. 7. ed., em CD-ROM. Porto Alegre: Júris Síntese Ltda., 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de Processo Penal*: anotado e interpretado. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. Título original: Strafrechts.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

---

<sup>43</sup> A proposta, segundo consta, teria sido elaborada pelo conjunto dos seguintes juristas, por ordem alfabética, além de outras eventuais presenças: os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Nabor Areias Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Edson Freire O'Dwyer, Fátima Nancy Andriugh, Francisco Camargo Lima, José Barcelos de Souza, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Flávio Gomes, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Roberto Maurício Genofre, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Agostinho Beneti.

## **ATOS NORMATIVOS**

## **ATOS**

### **ATO PGJ DE 05 DE FEVEREIRO DE 2002**

“Designa Procuradora de Justiça para exercer a função de coordenação do Grupo de Defesa De Pessoas Portadoras de Transtorno Mental.”

Designa nos termos do artigo 2º da Resolução nº 09/2002, e artigo 18, LXI, da Lei Complementar nº 34/94, a Procuradora de Justiça Ana Ivanete dos Santos, para exercer a coordenação do Grupo de Defesa de Pessoas Portadoras de Transtorno Mental.

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2002  
**NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA**  
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 07.02.2002

### **ATO PGJ DE 22 DE FEVEREIRO DE 2002**

“Publica ata da 28ª reunião 1ª Promotoria de Justiça – Juízo de Fazenda Pública.”

Publicado no Minas Gerais de 08.03.2002

### **ATO PGJ DE 2002**

“Publica ata da 1ª reunião do ano de 2002 da 2ª Promotoria de Justiça – Juízo de Família”

Publicado no Minas Gerais de 16.04.2002

## AVISOS

### AVISO PGJ DE 01 DE MARÇO DE 2002

"Dispõe sobre a implantação dos conselhos de direitos e conselhos tutelares previstos na Lei Federal 8.069/90."

O Procurador-Geral de Justiça avisa os Promotores de Justiça com atribuições de defesa dos direitos da infância e juventude que, em cumprimento da parceria firmada com o Instituto Telemig Celular para o Desenvolvimento Social, as ações visando promover a implantação dos conselhos de direitos e conselhos tutelares previstos na Lei Federal 8.069/90 (ECA), em todos os municípios do Estado que não os tenham instalados, deverão ser desencadeadas a partir do corrente mês de março de 2002, em todas as comarcas, sendo esperado o empenho pessoal de cada promotor no sentido de observar o CRONOGRAMA abaixo, proposto pelo CAOIJ-MG, com base nas orientações do Projeto Minas de Bons Conselhos (o material de apoio e orientação, constituído de 03 guias impressos, 01 pesquisa de diagnóstico e 01 cd-card, estará sendo postado entre os dias 06 e 08 de março de 2002).

Belo Horizonte, 1º de março de 2002  
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA  
Procurador-Geral de Justiça

#### CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

PROPOSTA DE CRONOGRAMA DE AÇÕES E METAS A SEREM BUSCADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DURANTE O ANO DE 2002, NA EXECUÇÃO DO PROJETO MINAS DE BONS CONSELHOS, CONFORME PARCERIA FIRMADA COM O INSTITUTO TELEMIG CELULAR PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

I - Municípios que ainda não têm a Lei Municipal criando os conselhos e o fundo

|                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>01/03 a 31/05/2002<br/>Meta: Ter a lei municipal aprovada até 31/05/2002</p>                                  | <p>.Ampla mobilização da comunidade, através de seminários e/ou reuniões nos municípios, para apresentação e discussão dos respectivos diagnósticos e planos de atuação, constituindo-se o grupo/comissão de trabalho, com pessoas da comunidade, que atuarão na criação e instalação dos conselhos (importante que o prefeito seja convidado para todos os atos e incentivado a indicar representantes da prefeitura para compor a comissão)<br/>.Reuniões com os prefeitos e, se necessário, com os vereadores dos municípios onde não existirem conselhos de direitos e/ou tutelares, com a necessária participação do grupo/comissão de trabalho, visando, nos municípios onde ainda não existir a Lei ou, existindo, necessidade de aperfeiçoamento, agilizar o encaminhamento e a aprovação de projeto de lei criando ou aperfeiçoando a lei existente, bem como agilizar a edição/aperefeiçoamento do decreto de regulamentação do fundo municipal, onde não estiver regulamentado</p>                                        |
| <p>01/06 a 16/08/2002<br/>Meta: Ter o Conselho de Direitos constituído, empossado e instalado até 16/08/2002</p> | <p>.Desencadeamento e conclusão dos processos de instalação dos Conselhos Municipais de Direitos, a cargo do grupo/comissão de trabalho (os promotores de justiça poderão atuar como orientadores e incentivadores junto às comissões municipais, que serão), podendo os promotores, se necessário, propor assinatura de termos de ajustamento de conduta aos prefeitos municipais (por exemplo, fixando prazos para indicação dos membros do poder executivo e disponibilização da estrutura de funcionamento dos conselhos)<br/>Observação: Entre 01/06 e 31/07/2002 as Comissões de Trabalho ou os Conselhos de Direitos já constituídos deverão promover reuniões com prefeitos e, se necessário, com os vereadores dos municípios, visando discutir e viabilizar a inclusão, nas leis orçamentárias de 2003, de recursos suficientes para a estruturação e manutenção dos conselhos e fundos (conforme art. 5º da LRF, os projetos de lei orçamentária devem ser encaminhados às Câmaras Municipais até o dia 15 de agosto)</p> |
| <p>17/08 a 31/12/2002<br/>Meta: Ter o Conselho Tutelar constituído, empossado e instalado até 31/12/2002</p>     | <p>.Desencadeamento e conclusão, pelos Conselhos Municipais de Direitos, dos processos de escolha dos Conselhos Tutelares (os promotores de justiça poderão atuar como orientadores e incentivadores junto aos Conselhos de Direitos, que serão os legítimos condutores do processo, sem prejuízo do obrigatório papel fiscalizador do mesmo processo)</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

II - Municípios que têm a Lei Municipal, mas ainda não instalaram os conselhos de direitos e conselhos tutelares

|                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>01/03 a 15/05/2002<br/>Meta: Ter o Conselho de Direitos constituído, empossado e instalado até 15/05/2002</p> | <p>.Ampla mobilização da comunidade, através de seminários e/ou reuniões nos municípios, para apresentação e discussão dos respectivos diagnósticos e planos de atuação, constituindo-se o grupo/comissão de trabalho, com pessoas da comunidade, que atuarão na criação e instalação dos conselhos (importante que o prefeito seja convidado para todos os atos e incentivado a indicar representantes da prefeitura para compor a comissão)<br/>. Desencadeamento e conclusão dos processos de instalação dos Conselhos Municipais de Direitos, a cargo do grupo/comissão de trabalho (os promotores de justiça poderão atuar como orientadores e incentivadores junto às comissões municipais, que serão as reais coordenadoras do processo), podendo os promotores, se necessário, propor assinatura de termos de ajustamento de conduta aos prefeitos municipais (por exemplo, fixando prazos para indicação dos membros do poder executivo e disponibilização da estrutura de funcionamento dos conselhos).Reuniões com os prefeitos, visando agilizar a edição/aperfeiçoamento do decreto de regulamentação do fundo municipal, onde não estiver regulamentado</p> |
| <p>15/05 a 30/09/2002<br/>Meta: Ter o Conselho Tutelar constituído, empossado e instalado até 30/09/2002</p>     | <p>.Desencadeamento e conclusão, pelos Conselhos Municipais de Direitos, dos processos de escolha dos Conselhos Tutelares (os promotores de justiça poderão atuar como orientadores e incentivadores junto aos Conselhos de Direitos, que serão os legítimos condutores do processo, sem prejuízo do obrigatório papel fiscalizador do mesmo processo)<br/>Observação: Entre 01/06 e 31/07/2002 as Comissões de Trabalho ou os Conselhos de Direitos já constituídos deverão promover reuniões com prefeitos e, se necessário, com os vereadores dos municípios, visando discutir e viabilizar a inclusão, nas leis orçamentárias de 2003, de recursos suficientes para a estruturação e manutenção dos conselhos e fundos (conforme art. 5º da LRF, os projetos de lei orçamentária devem ser encaminhados às Câmaras Municipais até o dia 15 de agosto)</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |

III - Municípios que têm a Lei Municipal e o Conselho de Direitos instalado, mas ainda não instalaram os conselhos tutelares

|                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>01/03 a 31/07/2002<br/>Meta: Ter o Conselho Tutelar constituído, empossado e instalado até 31/07/2002</p> | <p>.Mobilização dos membros do Conselho de Direitos e da comunidade, através de seminários e/ou reuniões nos municípios, com imediato desencadeamento e conclusão, a cargo dos Conselhos Municipais de Direitos, dos processos de escolha dos Conselhos Tutelares (os promotores de justiça poderão atuar como orientadores e incentivadores junto aos Conselhos de Direitos, que serão os legítimos condutores do processo, sem prejuízo do obrigatório papel fiscalizador do mesmo processo)</p> <p>.Reuniões com os prefeitos, visando agilizar a edição/aperfeiçoamento do decreto de regulamentação do fundo municipal, onde não estiver regulamentado</p> <p>. Observação: Entre 01/06 e 31/07/2002 as Comissões de Trabalho ou os Conselhos de Direitos já constituídos deverão promover reuniões com prefeitos e, se necessário, com os vereadores dos municípios, visando discutir e viabilizar a inclusão, nas leis orçamentárias de 2003, de recursos suficientes para a estruturação e manutenção dos conselhos e fundos (conforme art. 5º da LRF, os projetos de lei orçamentária devem ser encaminhados às Câmaras Municipais até o dia 15 de agosto)</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Cronograma proposto pelo CAOII-MG, tendo como referência as orientações dos guias editados pelo Pró-conselho;

Os prazos para consecução das metas propostas apresentam algumas variações, conforme a situação de cada município; tais variações decorrem da conveniência de se evitar a designação de “eleições” de conselhos tutelares durante os meses de outubro e novembro de 2002, período em que os municípios estarão envolvidos nas eleições para presidente, governadores, deputados e senadores.

As metas estabelecidas são apenas parâmetros para uma atuação simultânea e coordenada em todos os municípios. Evidente que a possibilidade de cumprimento de tais metas em cada município, nos prazos sugeridos, dependerá de uma série de circunstâncias, tais como maior ou menor grau de organização das comunidades, maior ou menor resistência das lideranças políticas locais, maior ou menor dificuldade para identificação de lideranças comunitárias, maior ou menor disponibilidade de tempo do próprio promotor de justiça, etc.

Publicado no Minas Gerais de 05.03.2002

## **AVISO CGMP Nº 1, DE 03 DE JUNHO DE 2002**

### **“Mapa estatístico Semestral”**

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, avisa aos Senhores Promotores de Justiça que, devido às alterações legislativas ocorridas, a Corregedoria-Geral procedeu à revisão dos dados constantes do formulário de Mapa Estatístico Semestral, adequando-o ao ordenamento jurídico vigente (anexo).

Os Promotores de Justiça, quando da elaboração do próximo Mapa Estatístico, que abrangerá o período de 1º de abril de 2002 a 30 de setembro de 2002, deverão consignar no novo formulário os dados necessários à elaboração da Estatística Criminal.

Na oportunidade, elucida o seguinte:

1º) - O Mapa Estatístico Semestral é indispensável à elaboração da estatística criminal, serviço de suma importância, vez que oferece dados para, cientificamente, prevenir e reprimir a criminalidade e para ajustar e racionalizar a distribuição de serviços, destacando-se, assim, a necessidade da exatidão dos dados consignados no aludido mapa;

2º) - O 1º Mapa Estatístico Semestral abrangerá o período de 1º de abril a 30 de setembro, e deverá ser remetido à Corregedoria-Geral até 31 de outubro, e o 2º Mapa Estatístico Semestral abrangerá o período de 1º de outubro a 31 de março, devendo ser remetido até 30 de abril;

3º) - Se durante o semestre o Promotor de Justiça teve atribuições em mais de uma comarca, seja na qualidade de titular, seja na qualidade de substituto ou cooperador, deverá confeccionar um Mapa Estatístico para cada Comarca, encaminhando-os à Corregedoria-Geral nos prazos já indicados, arquivando cópia na pasta existente na Promotoria (Ato nº 03/80 PGJ e CGMP);

4º) - O Mapa Estatístico deverá conter o número de crimes ou contravenções denunciadas no semestre, mesmo que constem de uma só denúncia, bem como o número de transações penais homologadas, visto que o aceite da transação pelo autor do fato implica em reconhecimento da existência de infração penal, observando-se, ainda, o seguinte:

a) Ocorrendo co-autoria ou participação, deve-se considerar cada co-delinqüente como infrator, lançando-se no Mapa Estatístico o número de infrações ocorridas, em consonância com o número de co-autores e partícipes.

b) Em se tratando de concurso de crimes (material, formal e crime continuado), deve-se consignar no formulário a quantidade de crimes que integra o concurso.

Belo Horizonte, 03 de junho 2002.  
MANOEL DIVINO DE SIQUEIRA  
Corregedor-Geral do Ministério Público

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**CORREGEDORIA-GERAL**  
**MAPA ESTATÍSTICO SEMESTRAL \_\_\_\_\_ SEMESTRE DE 20\_\_**

|                             |            |
|-----------------------------|------------|
| Promotor(a):                |            |
| Comarca:                    | Entrância  |
| Em exercício perante a Vara | Promotoria |

**I - CÓDIGO PENAL**

**Denúncia Transação**

| CRIMES CONTRA                  | H | M | H | M |
|--------------------------------|---|---|---|---|
| 1- a pessoa                    |   |   |   |   |
| 2- o patrimônio                |   |   |   |   |
| 3- a propriedade imaterial     |   |   |   |   |
| 4- a organização do trabalho   |   |   |   |   |
| 5- o sent. rel. e resp. mortos |   |   |   |   |
| 6- os costumes                 |   |   |   |   |
| 7- a família                   |   |   |   |   |
| 8- a incolumidade pública      |   |   |   |   |
| 9- a paz pública               |   |   |   |   |
| 10- a fé pública               |   |   |   |   |
| 11- a administração pública    |   |   |   |   |

**II-DECRETO LEI 3688/41-CONTRAVENÇÕES PENAIS**

**Denúncia Transação**

| INFRAÇÕES PENAIS CONTRA      | H | M | H | M |
|------------------------------|---|---|---|---|
| 1- a pessoa                  |   |   |   |   |
| 2- o patrimônio              |   |   |   |   |
| 3- a incolumidade pública    |   |   |   |   |
| 4- a paz pública             |   |   |   |   |
| 5- a fé pública              |   |   |   |   |
| 6- a organização do trabalho |   |   |   |   |
| 7- a polícia de costumes     |   |   |   |   |
| 8- a administração pública   |   |   |   |   |

**III-LEIS ESPECIAIS S/ POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO****Denúncia****H M**

|                                                    |  |  |
|----------------------------------------------------|--|--|
| 1-Corrupção de Menor (Lei 2252/54)                 |  |  |
| 2-Preconceito Racial (Lei 7716/89)                 |  |  |
| 3-Proteção a Portador de Deficiência (Lei 7853/89) |  |  |
| 4-Tortura (Lei 9455/97)                            |  |  |
| 5-Lavagem de Dinheiro (Lei 9613/98)                |  |  |
| 6-Outros                                           |  |  |

**OBS.:**

a) O 1º mapa estatístico semestral abrangerá o período de 1º de abril a 30 de setembro, e deverá ser remetido até 31 de outubro.

b) O 2º mapa estatístico semestral abrangerá o período de 1º de outubro a 31 de março, e deverá ser remetido até 30 de abril.

Local e data Promotor (a) de Justiça

**IV- LEIS ESPECIAIS****Denúncia Transação****H M H M**

|                                                                    |  |  |  |  |
|--------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|
| 1-Loterias (DL 6259/44)                                            |  |  |  |  |
| 2-Crimes Falimentares (DL 7661/45)                                 |  |  |  |  |
| 3-Economia Popular (Lei 1521/51)                                   |  |  |  |  |
| 4-Crimes Eleitorais (Lei 4737/65)                                  |  |  |  |  |
| 5-Contravenções Florestais (Lei 4771/65)                           |  |  |  |  |
| 6-Abuso de Autoridade (Lei 4898/65)                                |  |  |  |  |
| 7-Crimes de Imprensa (Lei 5250/67)                                 |  |  |  |  |
| 8-Tráfico e Uso de Drogas (Lei 6368/76)                            |  |  |  |  |
| 9-Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6766/79)                        |  |  |  |  |
| 10-Crimes Contra Criança e Adolescentes (Lei 8069/90)              |  |  |  |  |
| 11-Consumidor (Lei 8078/90)                                        |  |  |  |  |
| 12-Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei 8137/90) |  |  |  |  |
| 13-Locação de Imóveis Urbanos (Lei 8245/91)                        |  |  |  |  |
| 14-Licitações (Lei 8666/93)                                        |  |  |  |  |
| 15-Crimes x a Propriedade Industrial (Lei 9279/96)                 |  |  |  |  |
| 16-Remoção de Órgãos (Lei 9434/97)                                 |  |  |  |  |
| 17-Porte Ilegal de Arma (Lei 9437/97)                              |  |  |  |  |

|                                                                                |  |  |  |  |
|--------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|
| 18-Código de Trânsito (Lei 9503/97)                                            |  |  |  |  |
| 19-Meio Ambiente (Lei 9605/98)                                                 |  |  |  |  |
| 20-Crimes x a Propriedade Intelectual de Programas de computador (Lei 9609/98) |  |  |  |  |
| 21-Outros                                                                      |  |  |  |  |

## **V-ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **H M**

|                |  |  |
|----------------|--|--|
| Representações |  |  |
| Remissões      |  |  |

## **VI-ADOÇÕES**

|                         |  |
|-------------------------|--|
| Feitas por brasileiros  |  |
| Feitas por estrangeiros |  |

Publicado no Minas Gerais de 04.06.2002

## AVISOS CONJUNTOS

### AVISO CONJUNTO PGJ TJMG Nº 1, DE 12 DE MARÇO DE 2002

“Dispõe sobre a intimação pessoal do Ministério Público como parte ou fiscal da lei.”

O Desembargador José Guido de Andrade, 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Dr. Jacson Rafael Campomizzi, Procurador-Geral de Justiça Adjunto, com fundamento no art. 11, § 1º, VI, do RITJMG, e no art. 89, § 1º, III, da LC 34/94,

Considerando a constatação de que, na Procuradoria-Geral de Justiça, os feitos são distribuídos aos Procuradores de Justiça 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento pela Superintendência Judiciária, prazo necessário para o registro e a distribuição, e

Considerando, ainda, 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 art. 236, § 2º, do CPC, no art. 41, IV, da Lei 8.625/93, no art. 18, II, h, da LC 75/93 e no art. 106, III, da LC 34/94,

Avisam que, na Procuradoria-Geral de Justiça, para que ocorra a intimação pessoal do Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, os autos dos processos com vista ao Procurador de Justiça deverão ser remetidos, mediante carga, à Superintendência Judiciária da Procuradoria-Geral de Justiça, que ficará encarregada da imediata distribuição dos feitos judiciais.

O Procurador de Justiça será considerado intimado no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento do feito judicial pela Superintendência Judiciária, na pessoa de um representante do Ministério Público, consoante os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade da Instituição.

Belo Horizonte, 12 de março de 2002.

(a) Desembargador José Guido de Andrada, 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

(a) Jacson Rafael Campomizzi, Procurador-Geral de Justiça Adjunto

Publicado no Minas Gerais de 19.03.2002

## CARTAS

### CARTA DE VITÓRIA, DE 22 DE MARÇO DE 2002

XXVIII Encontro do Conselho Nacional dos  
Corregedores-Gerais do Ministério Público dos  
Estados e da União - De 20 a 22 de março de 2002  
- Vitória - ES.

O Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, reunido em seu XXVIII Encontro, na cidade de Vitória (ES) e no intuito de incrementar o intercâmbio de orientações alusivas à atribuição legal das respectivas Corregedorias-Gerais, deliberou Recomendar a seus membros que:

1 - o conceito de infração de menor potencial ofensivo, após a vigência da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, passou a compreender todas as contravenções penais e os crimes cujas penas máximas cominadas não sejam superiores a 2 (dois) anos, tenham ou não, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena de multa, independentemente de estarem ou não sujeitas a procedimentos especiais;

2 - externar preocupação, à vista da ampliação legal, sem observância sistêmica da legislação, do conceito de infração de menor potencial ofensivo, o que pode acarretar consequências negativas no que tange à defesa da sociedade;

3 - nos casos de especial gravidade e repercussão na mídia, recomendar aos órgãos de execução do Ministério Público a atuação conjunta, evitando-se a excessiva exposição pessoal, com a utilização, preferencialmente, dos órgãos de comunicação da Instituição;

4 - recomendar aos membros do Ministério Público, em casos de relevância, a utilização de audiência pública, possibilitando a melhor integração do órgão ministerial com a comunidade;

Vitória, Capital do Estado do Espírito Santo, em 22 de março de 2002.

Publicada no Minas Gerais de 12.04.2002

## COMUNICAÇÕES

### COMUNICAÇÃO CGMP Nº 5, DE 18 DE MARÇO DE 2002

“Dispõe sobre o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.”

O Corregedor Geral do Ministério Público, no uso de suas atribuições previstas no artigo 39, inciso XIV c/c 110, XII, da Lei Complementar Estadual 34/94, vem solicitar aos Promotores de Justiça com atribuições perante a Justiça da Infância e da Juventude das comarcas do Estado, sejam prestadas, no prazo de 10 dias a contar da publicação deste, as seguintes informações:

a) Existência, nos municípios integrantes da comarca, de Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, indicando, em caso positivo, a respectiva data de instalação;

b) Existência, nos municípios integrantes da comarca, de Conselho Tutelar, indicando, em caso positivo, a respectiva data de instalação;

c) Existência, nos municípios integrantes da comarca, do Fundo vinculado ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, indicando, em caso positivo, a respectiva data de criação;

d) Outras informações consideradas relevantes

As informações poderão ser prestadas por ofício, fax ou e-mail (preferencialmente), sendo que neste último caso deverá ser utilizado o formulário eletrônico disponível na página oficial da Corregedoria Geral do Ministério Público ([www.pgj.mg.gov.br/correg/](http://www.pgj.mg.gov.br/correg/)), conforme instruções ali existentes.

Belo Horizonte, 18 de março 2002

MANOEL DIVINO DE SIQUEIRA

Corregedor Geral do Ministério Público

Publicada no Minas Gerais de 19.03.2002

## **CONVÊNIOS**

### **CONVÊNIO CNPGJ MPEs MPDF, DE 24 DE ABRIL DE 2002**

“Dispõe sobre a troca e utilização de informações constantes em banco de dados de acesso credenciado.”

Convênio nº 11/2002, celebrado entre o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, conjuntamente com os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, representados por seus Procuradores-Gerais, e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Objeto: possibilitar a troca e utilização de informações constantes em bancos de dados de acesso credenciado, observando os princípios legais pertinentes; o estabelecimento de condições que possibilitem ao Ministério Público ter acesso ao fornecimento de dados não abrangidos pelo sigilo legal; o desenvolvimento de mecanismos e técnicas para o permanente intercâmbio de informações sobre os objetivos da Lei nº 9.613/98; a realização de cursos, palestras, seminários e outras formas de intercâmbio de informações e conhecimentos técnicos, na área de atuação das partes convenientes; outras formas de cooperação técnico-administrativa, à critério do Ministério Público e do COAF. Vigência: a partir da publicação de seu extrato no Diário Oficial da União e dos Estados, respectivamente.

Brasília, 24 de abril de 2002.

**NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA**  
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 09.05.2002

### **CONVÊNIO PGJ PMMG Nº 13, DE 10 DE JUNHO DE 2002**

“Dispõe sobre a integração da PMMG e do MPMG.”

Convênio nº 13/2002, entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais/Procuradoria-Geral de Justiça e a Polícia Militar de Minas Gerais. Objeto: integração do Ministério Público e Polícia Militar e fundamenta-se nas seguintes diretrizes: a) a PMMG prestará auxílio à Procuradoria/Ministério Público

no exercício de suas atribuições, facilitando-lhe o controle externo da atividade policial, imprimindo rapidez e eficiência na execução de suas tarefas, mormente na instrução do inquérito civil nas questões afetas à preservação ambiental, bem como garantia da autoridade e incolumidade do Promotor de Justiça no exercício de suas funções; b) A PMMG imprimirá máxima transparência às atividades desenvolvidas, atentando-se aos aspectos de legalidade das ações e operações; c) Desenvolverão vínculos institucionais de harmonia em busca da eficácia e da eficiência das atividades desenvolvidas em conjunto; d) Dedicarão esforços comuns para a consecução dos objetivos buscados nos convênios celebrados pelo Ministério do Meio Ambiente para a revitalização da Bacia do Rio São Francisco, evitando-se, assim, ações paralelas.

Vigência: 12 meses, a contar de sua assinatura.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2002  
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA  
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 20.06.2002

## ENUNCIADOS DE SÚMULAS

### ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 21, DE 11 DE MARÇO DE 2001

Membros do MP – movimentação na carreira –  
remoção voluntária

1 - Para fins de movimentação na carreira, averiguar-se-á os direitos dos candidatos inscritos, observado o termo final para a inscrição.

2 - A remoção voluntária para outra Comarca não será deferida àqueles Promotores de Justiça que não possuam 1 (um) ano de exercício na Comarca de origem, observados os artigos 192 e 194 da Lei Complementar.

3 - Preferindo a remoção à promoção, nos termos do artigo 183, da L. C. nº 34/94, pelo critério de merecimento, a exceção contida no artigo 192, alterado pela L. C. nº 61/2001, aplicar-se-á quando não houver candidato, sem qualquer impedimento, inscrito à promoção.

4 - Não existe preferência de remoção à promoção no critério de antiguidade, conforme exceção descrita no artigo 183, da L. C. nº 34/94.

5 - Conjugando-se o caput do artigo 192, alterado pela L. C. nº 61/2001 com o seu § 3º, tem-se que nas Comarcas do Interior do Estado, eventual remoção interna do Promotor de Justiça, não interrompe o prazo anual para a aquisição do direito à remoção voluntária para outras Comarcas.

6 - Na comarca de Belo Horizonte, em que há diversos cargos de Promotor de Justiça compondo Promotorias de Justiça, eventual remoção interna ocorrida nas Promotorias de Justiça, não interrompe o prazo anual.

7 - Com referência à Comarca de Belo Horizonte, a remoção para cargos de Promotorias de Justiça distintas, impõe-se a observância do prazo anual de efetivo exercício.

Belo Horizonte, 11 de março de 2001.  
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA  
Procurador-Geral de Justiça

Enunciado de súmula nº 21, aprovado na 3ª sessão ordinária do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, exercício de 2002.

Publicado no Minas Gerais de 14.03.2002  
Republicado no Minas Gerais de 19.03.2002

**ENUNCIADO DE SÚMULA CSMP Nº 13, DE 13 DE DEZEMBRO DE  
1999  
(Republicação)**

(\*)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.

-Aprovado na 21ª Sessão Ordinária, realizada em 13/12/99

(\*) Republicado face deliberação do Conselho Superior do Ministério Público.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2002.  
**NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA**  
Procurador-Geral de Justiça

Publicado no Minas Gerais de 04.02.2000  
Republicado no Minas Gerais de 11.05.2002

# **RECOMENDAÇÕES**

## **RECOMENDAÇÃO CGMP Nº 1, DE 22 DE MAIO DE 2002**

**“Dispõe sobre a presidência da fase criminal da audiência preliminar.”**

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, considerando as atribuições da Corregedoria-Geral do Ministério Público, consoante artigo 17, inciso IV, da Lei nº 8625/93 e artigo 39, inciso VII, da Lei Complementar nº 34/1994.

Considerando, mais, que em algumas Comarcas do Estado vem se constatando a presidência da fase criminal da audiência preliminar prevista na Lei 9.099/95 por conciliador, lesando os princípios constitucionais do Devido Processo Legal, da Legalidade e do Juiz Natural;

Considerando ainda a titularidade privativa do Ministério Público para oferecimento de proposta de transação penal e suspensão condicional do processo;

Recomenda aos Promotores de Justiça, especialmente aqueles oficiais no Juizado Especial Criminal:

a) A observância estrita de todos os ditames processuais da Lei 9.099/95, notadamente a necessidade de presidência da audiência preliminar por parte de magistrado togado, uma vez que restrita a atuação do conciliador a fase de composição de danos civis;

b) A fiscalização da prerrogativa ministerial de propositura de transação penal e suspensão condicional do processo, não admitindo-a por órgãos estranhos à Instituição;

Em tais casos, havendo descumprimento dos postulados legais, deve ser arrimado o recurso cabível, com o indispensável pré-questionamento.

Belo Horizonte, 22 de maio 2002.  
**MANOEL DIVINO DE SIQUEIRA**  
Corregedor-Geral do Ministério Público

Publicada no Minas Gerais de 23.05.2002

## RECOMENDAÇÃO CGMP Nº 2, DE 18 DE JUNHO DE 2002

“Dispõe sobre infração penal praticada por policial militar no desempenho de suas funções.”

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso das atribuições preconizadas no art. 17, inciso IV, da Lei nº 8.625/93 c/c o art. 39, inciso VII, da Lei Complementar nº 34/94;

Considerando que a Justiça Militar Estadual tem jurisdição em todo o território do Estado de Minas Gerais e sede na Capital (art. 184 da Lei Complementar nº 59/2001);

Considerando ainda, que cada Auditoria constitui-se de um Juiz-Auditor Titular, junto a ela servindo um Defensor Público e um Promotor de Justiça (art. 196 da Lei Complementar nº 59/2001);

Considerando, por outro lado, a constatação de que em algumas comarcas do Estado, membros do Ministério Público vêm olvidando a obrigação de remessa das comunicações, peças de informações ou inquéritos policiais onde se vislumbra a ocorrência, em tese, de infração penal praticada por Policial Militar, no desempenho de suas funções, ao órgão do Ministério Público dotado de atribuições específicas, perante a Auditoria Militar;

Recomenda aos Promotores de Justiça, especialmente aqueles com atribuições criminais:

Observar quando o Policial Militar, no desempenho das suas funções, se envolver em qualquer ocorrência, que, em tese, possa configurar infração penal, o Promotor de Justiça da comarca recebendo a “notitia criminis” ou o Boletim de Ocorrência Policial deverá encaminhar a peça, in continenti, à Promotoria de Justiça oficiante perante as Auditorias de Justiça Militar, para fins de análise de possível existência de crime militar, ressaltando-se que na hipótese de verificação de infração residual será feita a remessa de cópia à Justiça Comum.

Na hipótese de se tratar de inquérito policial deverá o Promotor de Justiça requerer ao Juiz de Direito a remessa ao órgão pertinente da Justiça Militar Estadual.

Endereço da Coordenadoria das Promotorias oficiantes perante as Auditorias de Justiça Militar-Forum Lafayette-4º andar, sala P-460/464.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2002.  
MANOEL DIVINO DE SIQUEIRA  
Corregedor-Geral do Ministério Público

Publicada no Minas Gerais de 19.06.2002

**RECOMENDAÇÃO CAO – PPD I CEAFF Nº 1,  
DE 28 DE MAIO DE 2002**

Recomenda ao Poder Público Municipal, o cumprimento da legislação que assegura o acesso das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida às edificações e vias públicas.

O Ministério Público de Minas Gerais, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências e Idosos, no uso das atribuições constitucionais e legais de tutela dos interesses das pessoas portadoras de deficiência e,

. Considerando que é função institucional do Ministério Público, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos assegurados pela Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II da Constituição Federal e art. 120, II da Constituição do Estado de Minas Gerais);

. Considerando que, cumpre ao Ministério Público fazer recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e dos serviços de relevância pública (art. 67, inc. VI, Lei nº. 34/94);

. Considerando que a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, proclamada e adotada aos 10 dias de dezembro de 1.948, por força da Resolução nº. 217, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, França e a DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS DEFICIENTES, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas através de Resolução de 09 de dezembro de 1.795, estabelecem como princípios fundamentais o respeito à dignidade humana e a igualdade de direitos;

. Considerando que a igualdade é signo fundamental da República e vem como forma de proteger a cidadania e a dignidade, fundamentos do Estado Democrático de Direito eliminando-se as desigualdades sociais que é um dos objetivos fundamentais de nossa República (art. 1º., II e III; art. 3º., I, III e IV e art. 5º. da Constituição Federal);

. Considerando que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II da Constituição Federal);

. Considerando que a Constituição Federal determina que a lei disporá sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (art. 227, § 2º.);

. Considerando que a Constituição Federal determina que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (art. 244);

. Considerando que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV e art. 30 da Constituição Federal);

. Considerando que a Constituição do Estado de Minas Gerais, determina que o Estado assegurará a remoção de obstáculos arquitetônicos garantindo assim a integração social do portador de deficiência (art. 224, § 1º, I);

. Considerando que a Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte garante, na promoção do desenvolvimento urbano, o acesso adequado da pessoa portadora de deficiência aos bens e serviços coletivos aos logradouros e edifícios públicos, bem como a edificações destinadas ao uso industrial, comercial e de serviços, e ao residencial multifamiliar ( art. 186, VII);

. Considerando que há legislação específica que disciplina a acessibilidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida as edificações e vias públicas, seja em nível federal, Lei nº. 10.098/00 e Lei nº. 7.853/89, seja em nível estadual, Lei nº. 11.666/94; seja em nível municipal, Lei nº. 3.150/79, Lei nº. 7.190/96, Lei nº. 7.166/96, Lei nº. 8.007/00;

. Considerando que tais normas não vem sendo aplicadas de forma sistematizada pelo Poder Público Municipal quando da aprovação de projetos arquitetônicos e que, a ausência de orientações administrativas claras constitui sério embaraço ao cumprimento da legislação de acessibilidade;

. Considerando que compete ao Poder Público e seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive o acesso adequado aos logradouros e edifícios de uso público (art. 2º. da Lei Federal nº. 7853/89);

. Considerando que os órgãos e as entidades da Administração Pública deverão adotar providências para garantir à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, a acessibilidade e a utilização dos bens e serviços, no âmbito de suas competências, mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas e obstáculos, bem como evitando a construção de novas barreiras (Decreto Federal nº. 3.298/99); recomenda:

1. Que o Poder Público Municipal regule as normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, face a legislação federal, estadual e municipal existente;

2. Que tal regulamentação seja fielmente observada pela Secretaria Municipal de Regulação Urbana quando do exame de projetos arquitetônicos,

para fins de aprovação, bem como na emissão de certidão de baixa e habite-se;

3. Que à partir da presente data, todo projeto arquitetônico somente seja aprovado pela Secretaria Municipal de Regulação Urbana em estrita observância à legislação existente sobre acessibilidade e às normas técnicas brasileiras descritas na NBR 9050 da ABNT no que couber;

4. A remessa à Promotoria de Justiça de informações a respeito das medidas tomadas em conformidade com esta Recomendação, no prazo de 30 (trinta) dias

Notifique-se o Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal e Excelentíssimo Senhor Secretário Municipal de Regulação Urbana para ciência da presente Recomendação.

Dê-se ampla publicidade.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2002  
SIMONE MONTEZ PINTO MONTEIRO  
Promotora de Justiça  
Coordenadora Estadual

Publicada no Minas Gerais de 29.05.2002

## **RESOLUÇÕES**

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 1, DE 18 DE JANEIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Ponte Nova.

Publicada no Minas Gerais de 23.01.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 2, DE 18 DE JANEIRO DE 2002**

(Republicação)

Dispõe sobre as consignações em folha de pagamento dos membros, servidores e pensionistas do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 24.01.2002

Republicada no Minas Gerais de 25.01.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 3, DE 24 DE JANEIRO DE 2002**

(Republicação)

Regulamenta a participação de Promotores de Justiça no mutirão dos Tribunais do Júri da Comarca de Belo Horizonte.

Publicado no Minas Gerais de 25.01.2002

Republicado no Minas Gerais de 02.02.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 4, DE 23 DE JANEIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Poços de Caldas.

Publicada no Minas Gerais de 26.01.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 5, DE 25 DE JANEIRO DE 2002**

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 30.01.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 6, DE 25 DE JANEIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Barbacena.

Publicada no Minas Gerais de 29.01.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 7, DE 29 DE JANEIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Mantena.

Publicada no Minas Gerais de 31.01.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 8, DE 04 DE FEVEREIRO DE 2002**

Aprova o Roteiro Interno de Procedimentos da Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL

O Procurador-Geral de Justiça, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 23, § 6º da Lei Complementar PGJ Nº 61, de 12 de julho de 2001, aprova

O anexo Roteiro Interno de Procedimentos da Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON Estadual

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2002  
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA  
Procurador-Geral de Justiça

A Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, no uso de suas atribuições, através de seus membros reunidos em Sessão Inaugural, aprova e edita o seguinte

Roteiro Interno da Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção Ao Consumidor - PROCON Estadual

## DA JUNTA RECURSAL

A Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, com sede em Belo Horizonte e atribuições em todo território de Minas Gerais, reger-se-á pela Constituição Federal, pelas legislações federal e estadual, e na forma estabelecida neste Roteiro Interno.

A Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, constituída por Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça - art. 23, § 5º, da Lei Complementar Estadual nº 61 de 12 de julho de 2.001, subdivide-se em Turmas Recursais que procederão ao julgamento dos recursos voluntários e necessários.

Das decisões proferidas pelas autoridades julgadoras nos processos administrativos caberá recurso voluntário sem efeito suspensivo. Na hipótese da cominação de pena de multa, o recurso voluntário será recebido com efeito suspensivo.

O recurso voluntário será interposto no prazo de dez dias contados da ciência da decisão. A postulação perante a Junta Recursal é privativa das partes, pessoalmente, ou representadas por advogado regularmente constituído.

Não será admitido recurso manejado por preposto.

Da decisão que, em processo administrativo, julgar insubsistente a infração, recorrerá de ofício a autoridade julgadora que o presidiu.

As decisões interlocutórias não comportam recurso.

Os recursos serão protocolizados já acompanhados de razões.

A competência para admissibilidade ou não do recurso cabe à Turma Recursal.

As partes serão intimadas da distribuição dos autos e da data da Sessão de Julgamento através do Diário Oficial, não podendo o julgamento ocorrer em prazo inferior a três dias úteis da intimação. A data da sessão será previamente determinada pelo Procurador de Justiça Presidente da Junta Recursal, que determinará a publicação da relação de processos a serem julgados.

Todos os julgamentos ocorrerão em sessão da Junta Recursal.

## DO JULGAMENTO

Em Sessão de Julgamento, será admitida sustentação oral, pelo prazo de dez minutos, logo após a leitura do relatório, mediante prévia inscrição junto à Secretaria.

Concluída a sustentação oral, o Presidente da Junta Recursal colherá os votos do Relator, do Revisor e do Vogal.

As decisões serão motivadas e tomadas por maioria de votos.

Concluído o julgamento, o Presidente da Junta Recursal proclamará a decisão.

A intimação da decisão do recurso considerar-se-á feita a partir da data da publicação no Diário Oficial.

Serão admitidos Embargos de Declaração quando a decisão contiver contradição, omissão, obscuridade ou dúvida. Os Embargos serão opostos no prazo de cinco dias, contados da data da publicação. O prazo para Embargos começa a fluir no primeiro dia útil após a publicação. Os Embargos serão recebidos com efeito suspensivo.

## RECEBIMENTO E PROCESSAMENTO DOS AUTOS NA SECRETARIA RECURSAL

A Secretaria Recursal será dirigida por servidor do quadro permanente de serviços auxiliares da Procuradoria-Geral de Justiça, com formação jurídica.

Os autos serão remetidos à Secretaria Recursal pelas Secretarias de origem, com ou sem razões.

Recebidos os autos na Secretaria Recursal, será certificada a data de recebimento, e serão analisados com o fito de constatar e certificar quaisquer falhas ocorridas na Secretaria de origem.

Os autos serão distribuídos em presença do Presidente da Junta Recursal, ou de Procurador de Justiça por ele designado, sendo Revisor o Procurador de Justiça seguinte ao Relator na Turma, observada a ordem decrescente de antigüidade. O terceiro membro da Turma funcionará como Vogal. Os autos serão relacionados em livro próprio, ou por procedimento informatizado, que conterá a data do recebimento, data do protocolo, nome do recorrente, origem dos autos, nome do recorrido, número do processo de origem, nome do Relator e o número da Turma Julgadora. Os recursos serão remetidos aos Relatores, e, em seguida, aos Revisores.

A Assessoria Técnica, órgão de apoio técnico composto de bacharéis em Direito especializados em direito do consumidor, prestará assistência aos

membros da Junta.

Designada a data do julgamento, a Secretaria Recursal providenciará a publicação da pauta no Órgão Oficial, contendo local e data do julgamento, horário, número da Turma, nome do Relator, nome do recorrente e seu procurador, se houver. No dia do julgamento, deverá ficar à disposição das partes cópia da pauta geral dos recursos.

Ao término da Sessão, os votos serão copiados, arquivando-se a cópia.

Será lavrada e publicada certidão contendo os resultados da sessão.

Todas as Sessões serão gravadas.

Os casos omissos serão decididos pelo plenário da Junta Recursal.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2002.

**GILBERTO AUGUSTO DE MENDONÇA**

Procurador de Justiça

**LUIZ ANTÔNIO DE SOUZA PEREIRA RICARDO**

Procurador de Justiça

**GERALDO DE FARIA MARTINS COSTA**

Procurador de Justiça

**ELAINE MARTINS PARISE**

Procurador de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 07.02.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ Nº 9, DE 05 DE FEVEREIRO DE 2002**

(Republicação)

Dispõe sobre a criação e define as atribuições do Grupo de Defesa das Pessoas Portadoras de Transtorno Mental.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, usando da atribuição que lhe confere os arts. 18, inciso XII e § 1º, e 19 da Lei Complementar n.º 34, de 12 de setembro de 1994, resolve:

Art. 1º Fica criado o Grupo de Defesa das Pessoas Portadoras de Transtorno Mental, subordinado técnica e administrativamente ao Procurador-Geral de Justiça.

Art. 2º A coordenação do Grupo de Defesa das Pessoas Portadoras de Transtorno Mental será exercida por um Procurador de Justiça ou Promotor

de Justiça da mais elevada entrância, sendo de livre escolha do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 3º Compete ao Grupo de Defesa das Pessoas Portadoras de Transtorno Mental:

I- promover a proteção, a assistência e a integração social das pessoas portadoras de doença mental, sejam pacientes judiciários ou não, cujos direitos individuais indisponíveis encontram-se ameaçados.

II- realizar junto às Varas de Execução Penal da capital e interior levantamento estatístico dos pacientes judiciários submetidos à Medida de Segurança .

III- proceder à identificação dos pacientes psiquiátricos sem documentos de registro civil e registro geral, da capital e do interior.

IV- interagir com a Vara de Execução Criminal das Comarcas da capital e do interior, visando implantar os trabalhos referentes à proteção aos pacientes judiciários e assistência às suas famílias.

V- atuar, de forma preventiva, na área das Instituições Psiquiátricas, de modo a evitar a necessidade do leito psiquiátrico da rede de internação.

VI- estabelecer convênios técnicos com entidades públicas e privadas, especialmente OAB-MG, Universidades, Empresas, Gestões de Programa de Voluntários, Agremiações Religiosas e outras Instituições fins e/ou congêneres, definidas em lei, visando a socialização do paciente psiquiátrico.

VII- manter permanente contato e intercâmbio com entidades públicas ou privadas que possam contribuir para a socialização do paciente judiciário e sua reintegração na sociedade.

VIII- fiscalizar e inspecionar, concorrentemente, os gastos públicos nos tratamentos psiquiátricos através do órgão próprio da Procuradoria de Justiça do Ministério Público.

IX- contribuir para a criação, acompanhamento e fiscalização dos serviços voluntários de assistência ao portador de transtorno mental e respectivas famílias.

X- atuar conjuntamente com os Centros de Apoio Operacional, notadamente com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa de Tutela das Fundações e o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa dos Direitos Humanos e Apoio Comunitário, para fiscalização das Entidades responsáveis pelo tratamento e reinserção social do paciente psiquiátrico.

XI- interagir com o Juizado da Infância e Juventude e Coordenadoria as Promotorias de Justiça especializadas na Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente, no sentido de integrar os trabalhos referentes ao menor infrator e portador de distúrbio mental.

XII- atuar em conjunto com o Ministério Público Federal, integrando-se nos trabalhos referentes às políticas sociais interligadas pelo Sistema Único de Saúde, visando sua aplicação mais célere e concreta, em favor do paciente e suas famílias.

XIII- interagir com o Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde do Estado e de todos os municípios, no sentido de efetivar a assistência direta ao paciente judiciário e/ou a sua família.

XIV- interagir com os setores de Vigilância e Segurança Social Públicos (Polícias Civil e Militar) de Minas Gerais e de outros Estados brasileiros, bem como a Polícia Federal, no sentido de participar dos encaminhamentos e triagens de pacientes psiquiátricos, quando do cometimento de condutas delituosas, dentro de Minas Gerais.

XV- participar das Auditorias, visando a criação, efetivação e encerramento dos trabalhos ligados às políticas sociais destinadas a assistir o paciente psiquiátrico e /ou suas famílias, até a anual ou final prestação de contas.

XVI- desenvolver outras funções compatíveis com sua finalidade com fito de proteger o paciente psiquiátrico de toda ameaça a seu direito indisponível à vida e saúde.

XVII- apresentar, anualmente, ao Procurador-Geral de Justiça relatório de suas atividades, inclusive sugestões para melhoria do trabalho (art.33, inciso IV, da Lei 8.625/93 e art. 75, inciso IV, da Lei Complementar n.34/94).

Art.4º A descrição técnica do Grupo de Defesa das Pessoas Portadoras de Transtorno Mental é a constante do anexo I que integra esta Resolução.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2002

**NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA**

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 07.02.2002

Republicada no Minas Gerais de 22.03.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ Nº 10, DE 05 DE FEVEREIRO DE 2002**

Estabelece procedimentos, na Procuradoria-Geral de justiça, para concessão de diária ao servidor do Quadro De Pessoal Dos Serviços Auxiliares do Ministério Público.

Publicada no Minas Gerais de 08.02.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 11, DE 05 DE FEVEREIRO DE 2002**

Altera o anexo I a que se refere § 3º do art. 2º da Resolução nº 36 de 04 de julho de 2000.

Publicada no Minas Gerais de 07.02.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 12, DE 05 DE FEVEREIRO DE 2002**

“Fixa o valor máximo da despesa postal, por grupo de comarcas.”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ementa criada pela Diretoria de Informação, Documentação e Biblioteca.

Publicada no Minas Gerais de 07.02.2002

Retificada no Minas Gerais de 08.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 13, DE 05 DE FEVEREIRO DE 2002**

Disciplina o uso do Sistema telefônico no âmbito do Ministério Público

Publicada no Minas Gerais de 07.02.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 14, DE 06 DE FEVEREIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Bocaiúva.

Publicada no Minas Gerais de 09.02.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 15, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Ubá.

Publicada no Minas Gerais de 23.02.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 16, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Pitangui.

Publicada no Minas Gerais de 26.02.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 17, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Cataguases.

Publicada no Minas Gerais de 26.02.2002

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 18, DE 25 DE FEVEREIRO DE 2002**

Altera o anexo I a que se refere o § 3º do art. 2º da Resolução nº 36/2000 de 04 de junho de 2000, e Revoga a Resolução PGJ 11/2002 de 05/02/2002..

Publicada no Minas Gerais de 02.03.2002

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 19, DE 06 DE MARÇO DE 2002**

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 08.03.2002

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 20, DE 08 DE MARÇO DE 2002**

Dispõe sobre cédula de identidade funcional dos membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 13.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 21, DE 08 DE MARÇO DE 2002**

“Fixa o índice de Preços ao Consumidor Amplo -- IPCA - , como índice oficial de reajuste dos contratos celebrados pela Procuradoria-Geral de Justiça.”

Publicada no Minas Gerais de 13.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 22, DE 11 DE MARÇO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de São Lourenço.

Publicada no Minas Gerais de 14.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 23, DE 13 DE MARÇO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Curvelo.

Publicada no Minas Gerais de 15.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 24, DE 14 FEVEREIRO DE 2002**

Estabelece procedimentos, de diárias aos Membros das Coordenadorias e Subcoordenadorias previstas no Convênio nº 43/2001 SECEX/MMA 2001 CV0083.

Publicada no Minas Gerais de 16.03.2002

Retificada no Minas Gerais de 26.03.2002

### **RESOLUÇÃO CAM PJ Nº 25, DE 19 DE MARÇO DE 2002**

Regulamenta o disposto no art. 115, 116, 119 e 271 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994.

Publicada no Minas Gerais de 20.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 26, DE 14 DE MARÇO DE 2002**

Delega poderes ao Diretor-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais para instaurar sindicância e processo administrativo disciplinar contra os servidores da PGJ.

Publicada no Minas Gerais de 21.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 27, DE 25 DE MARÇO DE 2002**

"Credencia a firma Opções Serviços Gerais Ltda. Em complemento ao Edital do XLI Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público."

Publicada no Minas Gerais de 26.03.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 28, DE 26 DE MARÇO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Ouro Preto.

Publicada no Minas Gerais de 02.04.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 29, DE 10 DE ABRIL DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Patrocínio.

Publicada no Minas Gerais de 11.04.2002

### **(\*) RESOLUÇÃO CAM PJ Nº 30, DE 16 DE ABRIL DE 2002**

Dispõe sobre as atribuições das Promotorias de Justiça Cíveis, Criminais e Especializadas da Comarca de Belo Horizonte.

(\*) Aprovada, por unanimidade, na 3ª Sessão Ordinária, exercício de 2002, da Egrégia Câmara de Procuradores de Justiça.

Publicada no Minas Gerais de 18.04.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 31, DE 17 DE ABRIL DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Congonhas.

Publicada no Minas Gerais de 20.04.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 32, DE 17 DE ABRIL DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Lagoa Santa.

Publicada no Minas Gerais de 20.04.2002

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 33, DE 24 DE ABRIL DE 2002**

Constitui Comissão Permanente de Licitação no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

Publicada no Minas Gerais de 25.04.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 34, DE 25 DE ABRIL DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Santos Dumont.

Publicada no Minas Gerais de 27.04.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 35, DE 29 DE ABRIL DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Pimhuí.

Publicada no Minas Gerais de 30.04.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 36, DE 1º DE MAIO DE 2002**

“Dispõe sobre as férias individuais dos membros do Ministério Público.”

Publicada no Minas Gerais de 01.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 37, DE 7 DE MAIO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Montes Claros.

Publicada no Minas Gerais de 07.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 38, DE 16 DE MAIO DE 2002**

“Institui o plantão voluntário dos Procuradores de Justiça no mês de julho de 2002.”

Publicada no Minas Gerais de 17.05.2002

Republicada no Minas Gerais de 29.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 39, DE 16 DE MAIO DE 2002**

Dispõe sobre as consignações em folha de pagamento dos membros, servidores e pensionistas do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 21.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 40, DE 20 DE MAIO DE 2002**

Altera dispositivos da Resolução PGJ n.º 010, de 08 de fevereiro de 2002, que trata de diárias devidas ao servidor da Procuradoria-Geral de Justiça.

Publicada no Minas Gerais de 22.05.2002

Republicada no Minas Gerais de 23.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ N° 41, DE 17 DE MAIO DE 2002**

Dispõe sobre concessão de licença e dispensa aos servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Publicada no Minas Gerais de 22.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ N° 42, DE 22 DE MAIO DE 2002**

Inclui o Anexo I-A, à Resolução n° 36 de 04 de julho de 2000.

Publicada no Minas Gerais de 25.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ N° 43, DE 28 DE MAIO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Patos de Minas.

Publicada no Minas Gerais de 30.05.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ N° 44, DE 29 DE MAIO DE 2002**

Dispõe sobre abertura crédito suplementar.

Publicada no Minas Gerais de 04.06.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ ADJ N° 45, DE 04 DE JUNHO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Pirapora.

Publicada no Minas Gerais de 05.06.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 46, DE 05 DE JUNHO DE 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça da comarca de Ubá.

Publicada no Minas Gerais de 06.06.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ Nº 47, DE 06 DE JUNHO DE 2002**

Disciplina mutirão em inquéritos policiais e processos criminais no plantão referente ao mês de julho do ano de 2002 .

Publicada no Minas Gerais de 07.06.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ Nº 48, DE 21 DE JUNHO DE 2002**

Modifica a apreciação dos autos com vista ao Ministério Público, nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições e com fundamento no art. 18, inciso XXXVII, da Lei Complementar nº 61/2001, considerando a faculdade da parte apelante de arrazoar seu recurso em Segunda Instância nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP, e considerando, finalmente, a necessidade de proceder-se à dinamização, ainda maior, da apreciação dos autos com vista ao Ministério Público nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP, resolve:

Art. 1º Será designado um Promotor de Justiça de Entrância Especial para a apreciação dos autos com vista ao Ministério Público nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP, com prejuízo das atribuições perante a área de atuação da Promotoria que ocupa.

Art. 2º O Promotor de Justiça designado para a função de que trata o artigo anterior terá sua atuação restrita aos processos das comarcas do Interior.

Art. 3º Com relação às comarcas da Região Metropolitana, atuarão os respectivos Promotores de Justiça, salvo em caso de réu preso. (Conforme relação anexa).

Art. 4º Fica determinado à Superintendência Judiciária que, ao receber processos criminais com vista ao Ministério Público, providencie sua remessa, após distribuição, em 24 horas, aos Promotores respectivos.

Art. 5º A devolução desses autos deverá ser feita à Superintendência Judiciária no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

Publicada no Minas Gerais de 22.06.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ Nº 49, DE 10 DE JUNHO 2002**

Regulamenta o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL e o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor - SEDC, nos termos previstos na Constituição do Estado de Minas Gerais, na Lei Complementar Estadual nº 34/94 e na Lei Complementar Estadual nº 61/01, e estabelece as normas gerais do exercício do poder de polícia e de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso da atribuição que lhe confere o art. 273 da Lei Complementar Estadual nº 34/94 e tendo em vista o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, resolve:

### **CAPÍTULO - I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Fica organizado, na forma desta resolução, o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL, nos termos previstos no art. 14 do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, no art. 273 da Lei Complementar Estadual nº 34/94 e arts. 22 a 24 da Lei Complementar Estadual nº 61/01, para fins de aplicação das normas estabelecidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e na legislação correlata às relações de consumo, especialmente no Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, que organiza o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e dá outras providências.

Art. 2º O Programa Estadual de Proteção ao Consumidor exercerá a coordenação da política do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, através da Secretaria Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, com atribuições e atuação administrativa e judicial em toda a área do Esta-

do de Minas Gerais.

Parágrafo único - O Programa Estadual de Proteção ao Consumidor é o órgão integrante; pelo Estado de Minas Gerais, do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC.

Art. 3º A Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, composta pelos Promotores de Justiça com atribuições na Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital, vinculada diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça, será dirigida por Secretário-Executivo designado pelo Procurador-Geral de Justiça, passará a ter a seguinte estrutura:

I Gabinete do Secretário-Executivo;

Gabinete dos Promotores de Justiça Coordenadores de Área;

1.1 - Secretaria de Apoio;

1.2 - Setor Técnico;

II Divisão de Andamento Processual e de Atendimento ao Consumidor;

2.1 - Setor de Atendimento ao Consumidor;

2.2 - Secretaria de Procedimentos Administrativos;

2.3 - Secretaria Judiciária;

III Divisão de Administração e Informação.

3.1 - Setor de Controle de Pessoal e Material;

3.2 - Setor de Relações Institucionais;

3.3 - Setor de Informática;

IV Divisão de Fiscalização e Estatística;

4.1 - Setor de Fiscalização;

4.2 - Setor de Estatística;

§ 1º Poderão ser designados, pela Procuradoria-Geral de Justiça, para atuarem junto ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON Estadual, tantos servidores quantos forem necessários à consecução de seus fins.

§ 2º A distribuição dos serviços do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, nas Secretarias e Setores, será regulamentada por ato do Secretário-Executivo.

§ 3º A distribuição de serviços e as atividades de Coordenação do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, envolvendo os seus membros, serão regulamentadas por ato conjunto.

§ 4º Para fins exclusivos do disposto no art. 23, seus incisos e parágrafos, da Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2.001, ficam designados 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 Justiça de Defesa do Consumidor, da Capital, desempenharem as funções próprias de autoridades administrativas do Programa Es-

tadual de Proteção ao Consumidor, no âmbito de suas respectivas comarcas.

Art. 4º Ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL, no âmbito do Estado de Minas Gerais, através dos integrantes de sua Secretaria Executiva, compete exercer as atribuições previstas nos arts. 3º e 4º do Decreto nº 2.181/97:

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, observadas as regras previstas na Lei nº 8.078, de 11/09/1990, no Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/97 e na legislação correlata;

II - fiscalizar as relações de consumo, aplicando as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11/09/90, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;

III - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços;

IV - solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica para a consecução de seus objetivos;

V - receber, analisar, avaliar, encaminhar e apurar notícias de lesão ou ameaça aos direitos do consumidor apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores, instaurando os procedimentos administrativos próprios quando for o caso, no âmbito de suas atribuições;

VI - atuar subsidiariamente ao órgão local de defesa do consumidor, no caso de inexistência ou impedimento deste;

VII - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

VIII - informar, conscientizar e motivar os consumidores, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;

IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a criação de órgãos públicos municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse mesmo objetivo;

X - encaminhar notícias de lesão ou ameaça aos direitos do consumidor ao órgão do Ministério Público respectivo, para fins de adoção de medidas processuais, penais e civis, no âmbito de suas atribuições;

XI - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;

XII - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei nº 8.078, de 11/09/90, pela legislação complementar e por esta resolução;

XIII - elaborar e divulgar anualmente, no âmbito de sua competência, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 da Lei nº 8.078, de 11/09/90, e remeter cópia ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, ou órgão federal que venha a substituí-lo;

XIV - ingressar em juízo, isolada ou concorrentemente na forma prevista no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11/09/90;

XV - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

Art. 5º O Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, através dos membros de sua Secretaria-Executiva, poderá celebrar compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24/07/85.

§ 1º A celebração de termo de ajustamento de conduta não impede que outro, desde que inequivocadamente mais vantajoso para o consumidor, seja lavrado por quaisquer das pessoas jurídicas de direito público integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC.

§ 2º A qualquer tempo, diante de novas informações ou se assim as circunstâncias o exigirem, poderá ser retificado ou complementado o acordo firmado, determinando-se outras providências que se fizerem necessárias, sob pena de invalidade imediata do ato, dando-se seguimento ao procedimento administrativo eventualmente arquivado.

§ 3º O compromisso de ajustamento conterá, entre outras, cláusulas que estipulem condições sobre:

I - obrigação do fornecedor de adequar sua conduta às exigências legais, no prazo ajustado;

II - pena pecuniária, diária, pelo descumprimento do ajustado, levando-se em conta os seguintes critérios:-

- a) o valor global da operação investigada;
- b) o valor do produto ou serviço em questão;
- c) os antecedentes do infrator;
- d) a situação econômica do infrator;

III - ressarcimento das despesas de investigação da infração, instrução do procedimento administrativo, bem como dos danos eventualmente já provocados à coletividade.

§ 4º A celebração do compromisso de ajustamento suspenderá o curso do processo administrativo, se instaurado, que somente será arquivado após cumpridas todas as condições estabelecidas no respectivo termo.

Art. 6º Com base na Lei nº 8.078, de 11/09/90 e legislação complementar, o Secretário-Executivo poderá, após deliberação dos membros da Secretaria Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, expedir

atos administrativos, visando à fiel observância das normas de proteção e defesa do consumidor;

Parágrafo único. Ao Secretário-Executivo caberá a expedição de atos administrativos, para a distribuição dos serviços do órgão estadual de defesa do consumidor, nas Secretarias e Setores, para a consecução dos fins previstos nesta Resolução e definição dos procedimentos internos e externos a ele inerentes, .

Art. 7º - As entidades civis de proteção e defesa do consumidor, legalmente constituídas, poderão representar ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, para as providências legais cabíveis.

Art. 8º O Secretário-Executivo do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor poderá, privativamente, nos termos previstos nos arts. 7º e 55 da Lei nº 8.078, de 11/09/90, e 56, § 2º do Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/97; após deliberação unânime dos membros da Secretaria Executiva, elaborar elenco de outras condutas que caracterizem práticas abusivas às relações de consumo, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Parágrafo único. Na elaboração dos elencos referidos no caput deste artigo e posteriores inclusões, a consideração sobre a abusividade de cláusulas contratuais e definição das práticas infrativas dar-se-á de forma genérica e abstrata, de ofício ou por provocação dos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11/09/90.

Art. 9º Poderão ser celebrados convênios para o eficiente e efetivo funcionamento do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor.

Art. 10. Aos membros da Secretaria-Executiva incumbe compor os conselhos de consumidores de entidades e organismos a nível estadual, como representantes do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL.

## CAPÍTULO - II DA FISCALIZAÇÃO

Art. 11. A fiscalização das relações de consumo de que trata a Lei nº 8.078, de 11/09/90, o Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/97 e esta Resolução, será exercida, em todo o território do Estado de Minas Gerais, pelo Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, através de sua Secretaria Executiva e dos Promotores de Justiça de Defesa do Consumidor Cooperadores, no interior do Estado, respeitada a legislação interna ordinária e os tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.

Art. 12. A fiscalização de que trata esta Resolução será efetuada por agentes fiscais designados pelo Secretário-Executivo dentre os servidores do Ministério Público integrantes da Secretaria Executiva, credenciados mediante Cédula de Identificação Fiscal e pelos órgãos conveniados com o Ministério

Público para esta finalidade.

§ 1º Ficam designados, para o exercício das funções de agente fiscal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL, os oficiais do Ministério Público em exercício nas Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa do Consumidor, das comarcas do interior, sem prejuízo do exercício das demais funções inerentes ao cargo.

§ 2º O Secretário-Executivo regulamentará, privativamente, a atuação dos Agentes Fiscais.

§ 3º A Cédula de Identificação Fiscal tem validade em todo o território do Estado de Minas Gerais, e será emitida e controlada pela Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL.

Art. 13. Os agentes fiscais responderão pelos atos que praticarem quando investidos da ação fiscalizadora, nas esferas civil, penal e administrativa.

### CAPÍTULO - III DA PRÁTICA ABUSIVA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Art. 14. A inobservância das normas contidas na Lei nº 8.078 de 11/09/90, no Decreto nº 2.181 de 20/03/97 e nas demais normas de defesa do consumidor, constitui prática abusiva e sujeita o fornecedor às penalidades de art. 56 da Lei nº 8.078, de 11/09/90, que poderão ser aplicadas pelos membros da Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor ou pelos Promotores de Justiça de Defesa do Consumidor Cooperadores, isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente a processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas.

§ 1º As penalidades de que trata o caput, a serem aplicadas pelas autoridades ali descritas, na forma e termos dos arts. 55 a 60 da Lei nº 8.078, de 11/09/90, buscarão efetiva aplicação dos objetivos, princípios e normas de proteção e defesa do consumidor.

§ 2º Os membros da Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL e os Promotores de Justiça de Defesa do Consumidor Cooperadores presidirão a instrução e julgarão os processos administrativos, sem prejuízo das atribuições das agências reguladoras e demais órgãos concorrentes, de modo a observar as normas constitucionais aplicáveis às entidades políticas.

Art. 15. As práticas abusivas às normas de proteção e defesa do consumidor serão apuradas em processo administrativo, que terá início mediante:

- I - reclamação;
- II - lavratura de auto de infração;
- III - ato, por escrito, da autoridade competente.

§ 1º Antecedendo à instauração do processo administrativo, poderá a autoridade competente abrir investigação preliminar, cabendo, para tanto, requisitar dos fornecedores informações sobre as questões investigadas, resguardado o segredo industrial, na forma do disposto no § 4º do art. 55 da Lei nº 8.078, de 11/09/90.

§ 2º A recusa à prestação das informações ou o desrespeito às determinações e convocações do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor caracterizam crime de desobediência, conforme previsão estipulada no artigo 55, § 4º, da Lei nº 8.078, de 11/09/90, ficando a autoridade administrativa com poderes para determinar a imediata cessação da prática, além da imposição das sanções administrativas e civis cabíveis, nos termos do art. 33 § 2º do Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/97.

Art. 16. A autoridade competente poderá determinar, na forma de ato próprio, constatação preliminar da ocorrência de prática presumida, podendo ser lavrados Autos de Comprovação ou Constatação, a fim de estabelecer a situação real de mercado, em determinado lugar e momento, obedecido o procedimento adequado.

Art. 17. O Secretário-Executivo regulamentará a criação e utilização, dentre outros, de modelos padronizados de formulários de Auto de Infração, Auto de Apreensão/Termo de Depósito, Termo Aditivo, Notificação, Termo de Análise e Encaminhamento de Reclamações, Capa de Processo e Carteira de Identificação de Agente Fiscalizador, no âmbito do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, observado o disposto nos arts. 36, 37 e 38 do Decreto nº 2.181, de 20/03/97.

Art. 18. O consumidor poderá apresentar sua reclamação ao Programa Estadual de Defesa do Consumidor, pessoalmente, por e-mail, por telegrama, carta, telex, fac-símile ou qualquer outro meio de comunicação.

§ 1º A reclamação deverá se fazer instruir com elementos de convicção preliminares mínimos caracterizadores de sua procedência, conforme regulamento expedido pela Secretaria- Executiva.

§ 2º Na hipótese de a investigação preliminar não resultar em processo administrativo com base em reclamação apresentada por consumidor, este será intimado da decisão fundamentada de arquivamento.

Art. 19. A autoridade competente determinará a notificação do infrator ou reclamado, fixando o prazo de dez dias, a contar da data de seu recebimento, para apresentar defesa, na forma do art. 42 do Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/97.

Art. 20. O Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, da comarca

do interior, designado nos termos do art. 3º § 4º desta Resolução, deverá instaurar, instruir e julgar Processo Administrativo ou Investigação Preliminar, na forma prescrita nesta Resolução, quando se tratar de dano efetivo ou iminente de repercussão na comarca em que estiver executando as atribuições.

Parágrafo único. O Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor Cooperador, da comarca do interior, designado nos termos do art. 3º, § 2º, desta Resolução, tomando conhecimento de infração às normas de defesa do consumidor com repercussão regional ou Estadual, deverá levar o fato ao conhecimento da Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, para as providências civis e administrativas cabíveis.

Art. 21. O infrator ou reclamado poderá impugnar o processo administrativo, no prazo de dez dias, contados processualmente de sua notificação, indicando em sua defesa:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação completa do impugnante;

III - as razões de fato e de direito que fundamentam a impugnação;

IV - as provas que lhe dão suporte.

Art. 22. Decorrido o prazo da impugnação, o órgão julgador determinará as diligências cabíveis, podendo dispensar as meramente protelatórias, irrelevantes ou desnecessárias à correta apuração, sendo-lhe facultado requisitar do infrator ou reclamado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades públicas as necessárias informações, esclarecimentos ou documentos, a serem apresentados no prazo estabelecido, com base na Lei Federal nº 8.625/93, na Lei Complementar Estadual nº 34/94 e na Lei Complementar nº 61/01.

Art. 23. A decisão administrativa conterá relatório dos fatos, o respectivo enquadramento legal e, se condenatória, a natureza e gradação da sanção administrativa.

§ 1º A autoridade julgadora, antes de julgar o feito, apreciará a defesa e as provas produzidas pelas partes, não estando vinculada ao relatório de sua consultoria jurídica, assessoria ou órgão similar.

§ 2º Julgado o processo e sendo cominada sanção administrativa de multa, cumulativa ou isoladamente, será o infrator notificado para efetuar seu recolhimento no prazo de dez dias ou apresentar recurso.

Art. 24. Quando a cominação prevista for a contrapropaganda, o processo poderá ser instruído com indicações técnico-publicitárias, das quais se intimará o autuado ou reclamado, obedecidas, na execução da respectiva decisão, as condições constantes do § 1º do art. 60 da Lei Federal nº 8.078, de 11/09/90.

Art. 25. Das decisões da autoridade julgadora, caberá recurso, sem

efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contados da data da intimação da decisão, à Junta Recursal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que proferirá decisão administrativa definitiva.

§ 1º No caso de cominação de multa, o recurso, no tocante a esta sanção, será recebido com efeito suspensivo.

§ 2º O recurso será interposto perante a autoridade julgadora do processo administrativo que, conforme o caso, adotará as anotações e traslados necessários à execução do julgado e, dentro do prazo de 10 (dez) dias, o remeterá à Junta Recursal, para análises de admissibilidade e mérito.

§ 3º Em caso de provimento do recurso, os valores eventualmente recolhidos serão devolvidos ao recorrente, na forma legal.

Art. 26. Não será conhecido o recurso interposto fora dos prazos e condições estabelecidos nesta Resolução.

Art. 27. Sendo julgada insubsistente a infração, a autoridade julgadora recorrerá à Junta Recursal, nos termos fixados nesta Seção, mediante declaração na própria decisão.

Art. 28. Não ocorrendo recurso, ou desprovido este, a decisão torna-se definitiva, produzindo todos seus efeitos legais.

Art. 29. O prazo previsto no caput do art. 25 é preclusivo.

Art. 30. Não sendo recolhido o valor da multa no prazo de trinta dias, será o débito inscrito em dívida ativa, para subsequente cobrança executiva.

#### **CAPÍTULO - IV** **DA DESTINAÇÃO DA MULTA**

Art. 31. As multas de que tratam os artigos 56, inciso I e 57, caput, da Lei nº 8.078, de 11/09/90, reverterão para o Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Lei Estadual nº 14.086, de 06/12/01.

Art. 32. Os recursos arrecadados serão destinados ao financiamento de projetos relacionados com os objetivos do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL, com a defesa dos direitos básicos do consumidor e com a modernização administrativa da Instituição.

Art. 33. Na ausência de Fundos municipais, as multas serão depositadas no Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Lei Estadual nº 14.086, de 06/12/01.

#### **CAPÍTULO - V** **DO CADASTRO DAS RECLAMAÇÕES FUNDAMENTADAS**

Art. 34. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores constituem instrumento essencial de defesa e orientação dos consumi-

res, incumbindo à Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor assegurar sua publicidade, confiabilidade e continuidade, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.078, de 11/09/90 e art. 1º da Lei Estadual nº 12.616, de 23/09/1997.

Art. 35. Para os fins desta Resolução, considera-se:

I - cadastro: o resultado dos registros feitos pelo Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL e pelos órgãos integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, de todas as reclamações fundamentadas contra fornecedores no Estado de Minas Gerais;

II - reclamação fundamentada: a notícia de lesão ou ameaça a direito de consumidor analisada pelos órgãos aludidos no inciso anterior, a requerimento ou de ofício, considerada procedente, por decisão definitiva.

Art. 36. A Secretaria-Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor promoverá a divulgação periódica dos cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores.

§ 1º O cadastro referido no caput deste artigo será publicado, obrigatoriamente, no órgão de imprensa oficial do Estado de Minas Gerais, devendo ser-lhe dada a maior publicidade possível por outros meios de órgãos de comunicação, inclusive eletrônica, e conterá informações objetivas, claras e verdadeiras sobre o objeto da reclamação, a identificação do fornecedor e o atendimento ou não da reclamação pelo fornecedor.

§ 2º Os cadastros deverão ser atualizados permanentemente, por meio das devidas anotações, não podendo conter informações negativas sobre fornecedores, referentes a período superior a cinco anos, contado da data da intimação da decisão definitiva.

§ 3º A Diretoria de Informática da Procuradoria-Geral de Justiça providenciará para que o Cadastro de Reclamações Fundamentais, em operação no "site" do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON ESTADUAL, seja organizado de modo a cumprir o disposto no art. 36, § 2º, parte final, desta Resolução, automaticamente.

Art. 37. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados arquivos públicos, sendo informações e fontes a todos acessíveis, gratuitamente, vedada a utilização abusiva ou, por qualquer outro modo, estranha à defesa e orientação dos consumidores, ressalvada a hipótese de publicidade comparativa.

Art. 38. O consumidor ou fornecedor poderá requerer, em cinco dias a contar da divulgação do cadastro e mediante petição fundamentada, a retificação de informação inexata que nele conste, bem como a inclusão de informação omitida, devendo a autoridade competente, no prazo de dez dias úteis, pronunciar-se, motivadamente, pela procedência ou improcedência do

pedido.

Parágrafo único. No caso de acolhimento do pedido, o Secretário-Executivo providenciará, no prazo deste artigo, a retificação ou inclusão de informação e sua divulgação, nos termos do § 1º do art. 36 desta resolução.

Art. 39. Os cadastros específicos de cada órgão municipal de defesa do consumidor serão consolidados no cadastro geral estadual, ao qual se aplica o disposto nos artigos desta Seção.

## CAPÍTULO - VI DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40. Em caso de impedimento à aplicação da presente Resolução, ficam as autoridades competentes autorizadas a requisitar o emprego de força policial.

Art. 41. Fica criada a Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - JURPROCON, órgão julgador dos recursos interpostos contra as decisões administrativas na forma prevista nos artigos 25 e 27 desta Resolução.

Parágrafo único. A Junta Recursal, composta por, no mínimo, 03 (três) Procuradores de Justiça, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, decidirá fundamentadamente por maioria de votos de seus membros.

Art. 42. As intimações das decisões proferidas em processo administrativo, quando não se derem na própria audiência, serão consideradas realizadas, produzindo todos os seus efeitos legais, através de publicação de sua conclusão na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais ou em jornal de circulação local.

§ 1º As intimações das partes interessadas para a prática de algum ato no curso do processo administrativo, para os fins do art. 32 desta Resolução, obedecerão à mesma sistemática prevista no caput deste artigo.

§ 2º A publicação na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais, para todos os fins previstos nesta resolução, dar-se-á na parte destinada ao Ministério Público de Minas Gerais.

Art. 43. O Procon Estadual de Minas Gerais poderá, através de ato normativo próprio, dispor sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa por infrações às normas de proteção e defesa do consumidor.

Art. 44. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 45. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução PGJ nº 043, de 22/08/00.

Belo Horizonte, 10 de Junho de 2002.

**NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA**  
**Procurador-Geral de Justiça.**

Publicada no Minas Gerais de 11.06.2002

**RESOLUÇÃO PGJ Nº 50, DE 10 DE JUNHO DE 2002**

Dispõe sobre a criação do Grupo Especial de  
Proteção à Bacia do Rio Araçuaí.

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 o princípio constitucional do livre exercício das atividades econômicas encontra-se limitado pelo dever legal de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, bem como pela consecução da função social da propriedade (art. 170, III e VI, e artigo 225, caput, da CF/88);

Considerando que a Bacia do Rio Araçuaí é coberta pelo bioma "cerrado", considerado o de maior diversidade biológica do mundo

Considerando o processo de intensa degradação ambiental que atinge a região da Bacia do Rio Araçuaí, ocasionada, principalmente, pela irrigação desordenada; supressão de vegetação ciliar; lançamento de efluentes nos cursos d'água; desmatamento; atividades minerárias; utilização inadequada de agrotóxico, e construção de estradas às margens dos rios;

Considerando O a necessidade premente da atuação conjunta das Promotorias de Justiça integrantes da Bacia do Rio Araçuaí na apuração dos danos ambientais e dos responsáveis, com vistas à implementação de medidas para a recuperação e preservação do meio ambiente; resolve:

Art. 1º Criar, na estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação, e sob sua coordenação, o Grupo Especial de Proteção da Bacia do Rio Araçuaí.

§ 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 de suas funções normais, assegurada a participação dos Promotores de Justiça do Meio Ambiente titulares das comarcas de Araçuaí, Capelinha, Diamantina, Itamarandiba, Malacacheta, Minas Novas,

Novo Cruzeiro, Rio Vermelho e Turmalina, dos quais será escolhido o seu Coordenador Regional.

§ 2º A participação neste Grupo Especial não importará no recebimento de qualquer remuneração ou gratificação.

Art. 2º Compete ao Grupo Especial, dentre outras atividades:

I - identificar as prioridades específicas da ação institucional na tutela da Bacia do Rio Araçuaí, mediante integração e intercâmbio com os órgãos públicos responsáveis pela gestão ambiental, assim como com as entidades não governamentais;

II - promover a efetiva mobilização dos órgãos de execução da região, objetivando uma atuação conjunta, uniforme e coordenada;

III - compilar, sistematizar e analisar a legislação e a jurisprudência, para distribuição nas Promotorias de Justiça do Meio Ambiente;

IV - elaborar roteiros de investigação, sem caráter vinculativo;

V - sugerir a elaboração de convênios com entidades e instituições públicas ou privadas, visando a obtenção de subsídios técnicos aos órgãos de execução;

VI - promover encontros de especialização e atualização nas várias áreas do conhecimento associadas à proteção da Bacia do Rio Araçuaí;

VII - mediante convocação do Procurador-Geral de Justiça ou espontaneamente, reunir-se, periodicamente, para a consecução dos fins preconizados neste ato.

VIII - Instaurar, sendo o caso, inquérito civil público conjunto entre as diversas Promotorias, sob a presidência de um dos seus titulares, para coletar informações, dados, perícias e provas necessárias para adoção, em conjunto ou separadamente, de medidas que garantam a proteção dos recursos hídricos e ambientais da bacia hidrográfica;

IX - Exercerem outras funções compatíveis.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2002  
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA  
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 11.06.2002

**RESOLUÇÃO PGJ ADJ Nº 51, DE 10 DE JUNHO 2002**

Modifica as atribuições das Promotorias de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 12.06.2002

## **RESOLUÇÃO PGJ Nº 52, DE 12 DE JUNHO DE 2002**

**Cria o Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal - CAO CRIMO, definindo-lhe 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 o Centro de Apoio Operacional abaixo especificado, com a seguinte estrutura e esfera de atuação.

Art. 1º. Fica criado o Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal - CAO CRIMO, órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público na área da prevenção e repressão às organizações criminosas, com atribuição estadual.

Art. 2º. Compete ao Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal, dentro da respectiva área 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 procedimentos administrativos, 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 procedimentos administrativos;

VII - obter suporte probatório necessário aos procedimentos, medidas e ações, judiciais ou extrajudiciais, no âmbito de sua atribuição;

VIII - fazer intercâmbio e colaborar com órgãos policiais civis, federais ou militares e com os de polícia administrativa, nos procedimentos de sua atribuição;

IX - remeter informações técnico-jurídicas aos órgãos de execução;

X - manter arquivo informatizado e atualizado de denúncias, de requerimentos de medidas assecuratórias e de portarias inaugurais de procedimentos administrativos, ajuizados ou baixadas pelos órgãos de execução, acompanhando-os até o final de sua tramitação;

XI - prestar atendimento e orientação às entidades com atuação na sua área;

XII - sugerir a realização de convênios e zelar pelo cumprimento das obrigações deles decorrentes;

XIII - estabelecer intercâmbio permanente com entidades públicas ou privadas que, direta ou indiretamente, dediquem-se ao estudo, prevenção e repressão às atividades de organizações criminosas;

XIV - responder pela implementação dos planos e programas de sua área, em conformidade com as diretrizes fixadas;

XV - representar o Ministério Público, quando cabível e por delegação do Procurador-Geral de Justiça, junto aos órgãos que atuam na respectiva área;

XVI - 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;

XVII - 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;

XVIII - expedir atos normativos, de caráter não vinculativo, relacionados à respectiva área de atuação;

XIX - desenvolver estudos e pesquisas, criando ou sugerindo a criação de grupos e comissões de trabalho;

XX - sugerir a realização de cursos, palestras e outros eventos;

XXI - sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a formação de Grupos de Promotorias de Justiça para efeito de atuação conjunta e simultânea;

XXII - apresentar, anualmente, ao Procurador-Geral de Justiça sugestões para elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

XXIII - apresentar ao Procurador-Geral de Justiça relatório anual das atividades do Ministério Público na sua área;

XXIV - exercer outras funções compatíveis com sua finalidade.

Art. 3º. O Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal será dirigido por membro do Ministério Público designado Coordenador pelo Procurador-Geral de Justiça, entre os Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça da mais elevada entrância e exercerá suas atribuições em todo o Estado.

Parágrafo único. 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 prevenção e repressão às atividades das organizações criminosas.

Art. 5º. Para consecução do disposto no inciso X, do art. 2º, deste ato, ficam os órgãos de execução de todo o Estado, na área de atuação de que trata o art. 1º, obrigados a remeterem ao Coordenador do Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal, cópia de portarias inaugurais de procedimentos administrativos baixadas pelos órgãos de execução, de denúncias e de requerimentos de medidas assecuratórias.

Art. 6º. Poderão ser designados outros membros do Ministério Público para prestar serviços junto ao Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal.

Parágrafo único. Estagiários do Ministério Público poderão atuar junto ao Centro de Apoio Operacional.

Art. 7º. Os servidores do Quadro dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, de especialidade técnica e área de atuação pericial, poderão ficar lotados no Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal.

Art. 8º. A Diretoria-Geral do Ministério Público providenciará os suportes administrativo e material necessários à efetiva implementação do Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado e de Investigação Criminal.

Art. 9º. Este ato entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2002.  
NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA  
Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 14.06.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 53, DE 13 DE JUNHO DE 2002**

“Dispõe sobre o plantão voluntário durante as férias forenses.”

Publicada no Minas Gerais de 14.06.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 54, DE 21 DE JUNHO DE 2002**

Regulamenta o art. 1º, Anexo I, item 2, art. 3º, Anexo III, art. 4º, Anexo IV, art. 5º, Anexo V, e art. 24, da Lei nº 14.323, de 20 de junho de 2002.

Publicada no Minas Gerais de 22.06.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 55, DE 21 DE JUNHO DE 2002**

Fixa a lotação setorial dos cargos de provimento efetivo de Técnico do MP, na especialidade de Direito, do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, por comarcas do interior.

Publicada no Minas Gerais de 22.06.2002

### **RESOLUÇÃO PGJ Nº 56, DE 21 DE JUNHO DE 2002**

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 22.06.2002

## RESOLUÇÃO PGJ Nº 57, DE 27 DE JUNHO DE 2002

“Institui em cada comarca do interior e na capital as Secretarias das Promotorias de Justiça.”

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 18, inciso LV, 63 e 75, parágrafos 3º e 4º da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, com as modificações que lhe foram introduzidas pela Lei Complementar nº 61, de 12 de julho de 2001, resolve:

Art. 1º Ficam instituídas, em cada comarca do interior e na Capital, as Secretarias das Promotorias de Justiça, serviço organizado de coordenação e apoio às Promotorias de Justiça, competindo aos titulares:

I - distribuir, no âmbito da respectiva comarca, os expedientes que lhe forem endereçados, dentre os órgãos de execução e serviços auxiliares;

II - organizar os serviços auxiliares, distribuindo tarefas e fiscalizando os trabalhos executados;

III - representar o Ministério Público nas solenidades oficiais;

IV - encaminhar aos órgãos da administração superior do Ministério Público as sugestões para o aprimoramento de seus serviços;

V - solicitar ao Procurador-Geral de Justiça a designação de estagiários, mediante requerimento de qualquer de seus integrantes;

VI - encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça sugestões para a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

VII - presidir, mensalmente, reuniões com os Coordenadores de Promotorias de Justiça Especializadas, para deliberação de matérias administrativas e institucionais de interesse comum;

VIII - controlar os bens do Ministério Público na comarca, assim como os valores destinados às despesas de custeio;

IX - organizar, em conjunto com os membros do Ministério Público da comarca, a escala de plantão forense, com a adoção de critérios objetivos para as respectivas designações;

X - indicar, atendida a conveniência do serviço, a área de atuação dos Promotores de Justiça substitutos, eventualmente em atividade na comarca e colocados pela Procuradoria-Geral de Justiça à disposição do Órgão;

XI - praticar outros atos administrativos próprios da natureza da função ou que lhe forem conferidos, vedado o exercício de atividade de órgão de execução e expedição de atos normativos privativos dos órgãos de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça e da Diretoria-Geral, a teor do art. 88 da Lei Complementar nº 34, de 12 de julho de 2001.

Parágrafo único. Haverá somente uma Secretaria para cada comarca.

Art. 2º A Secretaria das Promotorias será dirigida por um dos Promotores de Justiça da comarca, eleito por seus integrantes, para mandato de 2 (dois) anos, permitida a recondução;

§ 1º O Diretor eleito para a Secretaria indicará livremente seu substituto, que responderá pela direção na ausência ou afastamento temporário daquele;

§ 2º Nas comarcas de Promotoria única, a Secretaria será dirigida pelo respectivo titular, ou, nos casos de vacância ou afastamento temporário do titular, pelo respectivo substituto ou cooperador.

Art. 3º Se, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação deste ato, não for realizada a eleição a que se refere o artigo anterior, o Procurador-Geral de Justiça procederá à designação para a Direção da Secretaria das Promotorias de Justiça dos atuais Coordenadores dos Centros de Apoio Operacional do Ministério Público (CAO), a que alude a Resolução nº 34, de 30 de junho de 1995.

Parágrafo único. Nas comarcas do interior em que inexistam, atualmente, Centros de Apoio Operacional, no caso de constatação da inércia referida no artigo anterior, o Procurador-Geral de Justiça designará para a Direção da Secretaria o Promotor de Justiça mais antigo na Comarca, que indicará seu substituto.

Art. 4º As Promotorias de Justiça Cíveis, Criminais e do Cidadão, e suas respectivas subdivisões, na forma estipulada nos artigos 58 a 61 da LC 34, de 12 de setembro de 1994, poderão, sem prejuízo e respeitadas as atribuições da Secretaria a que se refere o art. 1º, indicar ao Procurador-Geral de Justiça os seus Coordenadores e respectivos substitutos, para racionalização de seus serviços internos e definição de políticas de atuação institucional nas respectivas áreas.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, aos 27 de junho de 2002

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

Publicada no Minas Gerais de 27.06.2002

## RESOLUÇÕES CONJUNTAS

### RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ MG, AL, BA, PE, SE Nº 1, DE 04 DE FEVEREIRO DE 2002

“Cria e instala a Coordenadoria Interestadual das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente integrantes da bacia hidrográfica do Rio São Francisco.”

Os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados de Alagoas, Bahia, Minas Gerais, Pernambuco e Sergipe, no exercício de suas atribuições, e considerando:

a) ser o Rio São Francisco o “rio da integração nacional”;

b) a degradação ambiental verificada em toda a extensão da sua bacia hidrográfica;

c) a necessidade de implementação de medidas legais em defesa dos recursos hídricos e ambientais da bacia hidrográfica do rio São Francisco;

d) ser atribuição constitucional do Ministério Público a defesa do meio ambiente, judicial e extrajudicialmente;

e) e, por fim, a urgência de que os Ministérios Públicos dos Estados componentes da referida bacia articulem, em conjunto, ações comuns; resolvem:

1- Criar e instalar a Coordenadoria Interestadual das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente integrantes da bacia hidrográfica do Rio São Francisco (CIP - São Francisco), composta de 02 (dois) membros dos Ministérios Públicos de cada estado componente da bacia, designados pelos respectivos Procuradores Gerais de Justiça, com o objetivo de articular medidas conjuntas para a recuperação e proteção dos seus recursos hídricos e ambientais;

2- Caberá à CIP - São Francisco se reunir periodicamente para fins de definir diretrizes de atuação das Promotorias de Justiça integrantes da bacia do Rio São Francisco, promover intercâmbio de informações, dados e experiências, coordenar ações conjuntas e adotar medidas administrativas comuns;

3- A cada período de 1 (um) ano caberá a um integrante dos Ministérios Públicos dos estados componentes da bacia do Rio São Francisco coordenar a CIP - São Francisco, cabendo-lhe convocar reuniões, elaborar suas atas e manter o seu banco de dados, informações e documentos, com auxílio do respectivo Secretário Executivo, também do mesmo estado, indicado pelo Coordenador;

4- Os Procuradores-Gerais de Justiça designarão os respectivos represen-

tantes dos Ministérios Públicos na CIP - São Francisco em 10 (dez) dias, comunicando, em seguida, ao seu Coordenador.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2002.

Lean Antônio Ferreira de Araújo

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Alagoas

Fernando Steiger Tourinho de Sá

Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

Romero de Oliveira Andrade

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco

Moacyr Soares da Motta

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe

Publicada no Minas Gerais de 06.02.2002