

No choque entre os dois interesses sociais - o que se liga ao resguardo do sigilo é o correspondente à repressão do crime - a lei dá prevalência ao primeiro. É certo que abre as exceções, por exemplo, no caso de moléstia contagiosa de notificação compulsória. Então há interesse social maior, que prepondera sobre o interesse atinente à manutenção do sigilo. Esses e outros motivos previstos em lei são a justa causa, a que se refere o Código Penal, para permitir excepcionalmente a quebra do sigilo. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 60176/GB Min. Luis Gallotti j. em 17.06.66).

Deste entendimento não destoa o **E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**:

Desobediência. Delito caracterizado em tese Médico que, em nome do sigilo profissional, se recusa a fornecer esclarecimento à Justiça, acerca do crime de que fora vítima a sua paciente. Inquérito, entretanto, instaurado por solicitação desta Ausência, pois, de constrangimento ilegal. "Habeas corpus" denegado Inteligência dos arts. 330, 269 e 154 do CP. O dever de guardar segredo profissional não é absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade (TJSP HC Rel. Márcio Bonilha RT 515/316).

Ainda no mesmo rumo é a orientação do **E. Tribunal de**

Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

O sigilo profissional não é absoluto e a compreensão de sua real extensão comporta relativo elastério. No caso em que as informações detidas pelo médico ou nosocômio, findarem por incriminar o próprio paciente, há de prevalecer o segredo, vez que o fundamento do sigilo é, justamente, a sua proteção. Em situações de flagrante interesse público, evidenciada pertinência lógica entre o requerimento e os fatos motivadores da instauração do inquérito policial ou de ação penal, vedado ao médico ou hospital sonegar informações ao Poder Judiciário, devendo prevalecer a busca da verdade real. Esta a hipótese dos autos, que versam sobre a apuração de eventual crime doloso contra a vida do paciente, falecido (MS 345.512/9 11ª Câmara Rel. Juiz Wilson Barreira RT 773/587).

Portanto, em se tratando de matéria que implica na análise do conflito *interesse público na revelação das anotações médicas X direito à intimidade das informações médicas lançadas*, não se afigura razoável conceber que o Conselho Federal de Medicina suprima esta discussão do Poder Judiciário, para prever de forma genérica e irrestrita, que é vedada toda e qualquer análise de anotações médicas na fase de investigação criminal pelos órgãos responsáveis pela persecução criminal.

Notas e Referências bibliográficas:

¹ Prevê o art. 11 do Código de Ética Médica: "O médico deve manter sigilo quanto as informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresa, exceto nos casos em que o silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade". Dispõe o art. 102 do mesmo estatuto: "É vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente".

² A importância deste preceito, segundo **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, está na vedação de que *sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegados aos tribunais, o que ensinaria arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta* (cf. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 55).

³ Cf. *Sigilo Médico*. Revista dos Tribunais, vol. 722, dezembro de 1995, p. 596.

⁴ Prevê o art. 129, inciso VI, da Constituição da República: "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".

⁵ Reza o art. 26, inciso I, alínea "b", da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): "requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

⁶ O art. 104, inciso I, alínea "b", da Lei nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo) reproduz a redação do art. 26, inciso I, alínea "b", da Lei nº 8.625/93.

⁷ "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I. promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei".

⁸ Cf. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: COLEX, 1990, p. 21.

⁹ *Op. cit.*, p. 597.

3.1.3 Da aplicação do princípio da especialidade nos crimes de responsabilidade praticados por prefeitos

A razão de ter trazido este argumento para debate é que, durante o tempo que exerci minhas atribuições na Procuradoria Especializada em Crimes de Prefeitos Municipais, isto por mais de 5(cinco) anos, em diversas oportunidades, deparei-me com denúncias, envolvendo ex-Prefeitos, oriundas do interior do Estado, sistematicamente com a capitulação errônea dos crimes de responsabilidade praticados.

Alguns colegas, ao capitular o crime praticado pelo ex-Prefeito, com alguma confusão, mencionavam os delitos inseridos no Código Penal, mais precisamente o artigo 312 e seguintes, e não os constantes do Decreto-Lei nº 201/67.

Sendo assim, é o objetivo deste trabalho alertá-los, buscando, dessa forma, trazer à lume os debates a respeito deste tema.

Com o advento do Decreto-Lei nº 201/67, o qual revogou a

Cristóvam Joaquim Fernandes Ramos Filho

Promotor de Justiça de Belo Horizonte - 7ª Vara Criminal

Lei nº 3.528/59, ao definir os crimes de responsabilidade dos Prefeitos, enormes confusões foram criadas.

A maior delas, em face da imperfeição legal do termo, crimes de responsabilidade, foi o entendimento, à época pacificado do STF, como ponderou o Promotor de Justiça GIOVANNI MANSUR SOLHA PANTUZZO, no sentido de que:

Sendo mista a responsabilidade pelos crimes arrolados no artigo 1º do Decreto-Lei 201 política e criminal somente os Chefes de Executivos municipais que ostentassem tal condição quando do ajuizamento da ação penal seriam passíveis de enquadramento no referido diploma legal, não podendo, por isso mesmo, haver processo por crime de responsabilidade contra aqueles que houvessem, por qualquer motivo, deixado o cargo...¹

Por conseguinte, sedimentou-se o raciocínio de que este dispositivo legal definia os crimes praticados pelos Prefeitos no exercício do cargo, e, em face do princípio da especialidade, deveriam, quando nesta condição, serem neles enquadrados.

O STF firmou, sendo o festejado TITO COSTA um de seus maiores defensores, convicção no sentido de que os crimes definidos neste diploma legal só configurariam enquanto estivessem os Prefeitos no exercício do cargo, daí quando o deixassem deveriam ser enquadrados no Código Penal, se ali houvesse a conduta ilícita descrita.

Essa corrente abraçava a tese de que, pelo fato de o Decreto Lei nº 201/67 prever, quando do recebimento da denúncia, o afastamento do cargo, bem como a sua perda em condenação definitiva, só poderia a ação penal ser intentada quando o Prefeito estivesse no seu exercício, não admitindo quando o deixasse.

Com o passar dos anos, vingou-se tese defendida pelo próprio autor do projeto do decreto, Hely Lopes Meirelles, que entendia serem os delitos ali descritos meramente funcionais e não político-administrativos, tendo feito crítica a este entendimento formado, visto ter criado:

Uma 'extinção de punibilidade' não desejada pelo legislador nem prevista na legislação. Nem se diga que o ex-Prefeito poderá ser processado e condenado por crime funcional definido no Código Penal para os funcionários em geral. Tal afirmativa é injurídica, porque os crimes funcionais do Código Penal não incidem mais sobre o Prefeito, desde que definidos como crimes de responsabilidade pela lei especial que é o Decreto-Lei 201/67. Não pode, assim, o Prefeito que cometeu crime tipificado na lei especial ser punido por delito

da lei comum, ainda que caracterizado como crime funcional....²

Como se depreende da leitura do DL 201/67, como bem afirmado pelo professor PAULO LÚCIO NOGUEIRA, verifica-se:

...que a punição do crime de responsabilidade não visa afastar o Prefeito do cargo, mas, sim, responsabilizá-lo pelo crime que cometeu. E sua condenação é que acarreta a perda do cargo. O processo-crime que se instaura contra o Prefeito não visa obter um pronunciamento político, com intuito de afastá-lo do cargo, mas sim um julgamento jurídico a respeito do crime que teria cometido....³

Vislumbra-se, no dizer de WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA:

...portanto, que a perda de o mandato (a perda do cargo) é consequência que decorre da condenação definitiva. Isso significa que o processo por crime de responsabilidade não tem por objeto propriamente a cassação do mandato, mas a condenação na pena criminal prevista para o delito cometido no exercício do cargo de Prefeito. Por isso mesmo, *data venia*, é juridicamente insustentável a jurisprudência que se vêm firmando nos Tribunais do País com base em decisões do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo as quais não tem cabimento o processo por crime de responsabilidade quando o Prefeito já deixara o cargo, em caráter definitivo....⁴

Portanto, quando deparar-se com processo desta natureza, deve o Promotor de Justiça capitular a conduta do ex-Prefeito, quando o crime for cometido no exercício desta função, estando a conduta ali explicitada, no Decreto-Lei nº 201/67.

Referências bibliográficas:

¹ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Crimes Funcionais de Prefeitos Decreto-Lei 201/67*. 1. ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 200. p. 26/27.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1.993, p.576.

³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Administração e Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1.974, p. 56.

⁴ FERREIRA, Wolgran Ferreira. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*. 3. ed., São Paulo: Edições Profissionais, p. 93.

3.1.4 Prisões provisórias e *jus suffragii*

Wyldensor Martins Soares

Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, IBEC e Faculdade de Direito do Sul de Minas. Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

1. Introdução

Entre os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 (Título II) encontra-se um capítulo próprio destinado a anunciar os preceitos fundamentais acerca dos Direitos Políticos.

Segundo a doutrina¹, os direitos políticos, expressão do *jus civitatis*, compreendem os direitos políticos ativos (*jus suffragii*) e direitos políticos passivos (*jus honorum*), representando, respectivamente, o direito de exercer o voto e de ser votado para os cargos eletivos.

Tais direitos fundamentais, no entanto, podem ser suspensos (ou até perdidos), nas hipóteses previstas na *Norma Normarum*.

Com olhos voltados à pragmática, vislumbrou-se a necessidade de uma breve reflexão acerca de uma das hipóteses de suspensão do *jus suffragii*, com o propósito de identificar seu efetivo alcance.

2. O preceito do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal e seu alcance

O inciso III do artigo 15 da Constituição Federal determina a suspensão dos direitos políticos dos condenados por sentença penal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

A interpretação a *contrario sensu* do preceito constitucional autoriza a conclusão de que os presos provisórios² mantêm seus direitos políticos plenos.

São consideradas espécies de prisões provisórias a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a prisão temporária (Lei 7.960/89), a prisão decorrente de pronúncia e a prisão em virtude de sentença penal condenatória recorível.

Logo, parece ser atentatória ao direito fundamental de participação nos pleitos eleitorais qualquer conduta que venha de encontro ao exercício do *jus suffragii* garantido aos presos provisórios, na medida em que são cidadãos não atingidos pelos efeitos da sentença penal condenatória.

3. Problemática: a omissão penalmente relevante

Certamente extravasaria os objetivos colimados com essa explanação tecer considerações pormenorizadas acerca de toda a problemática relativa aos crimes omissivos. Todavia, acredita-se que os apontamentos feitos serão suficientes para desvendar o mote proposto.

A alínea “a” do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal dispõe que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.”

Pois bem. A Lei 4898/65, que cuida dos crimes de abuso de autoridade, conceitua autoridade em seu artigo 5º nos seguintes termos: “Considera-se autoridade, para os efeitos desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.”

O artigo 3º da mesma *Lex*, por sua vez, dispõe em sua alínea “g” que “constitui abuso de autoridade qualquer atentado aos direitos e garantias assegurados ao exercício do voto”.

Ressalte-se que os delitos capitulados na Lei 4898/65 não admitem a forma culposa (princípio da excepcionalidade do crime culposos (inciso II do artigo 18 do Código Penal).

Apresentadas essas premissas, acredita-se que, uma vez provocado a assegurar o direito de voto aos presos provisórios, deverá o Poder Judiciário adotar as medidas necessárias para garantir a máxima eficácia deste direito fundamental, sob pena de incorrer em crime de abuso de autoridade na forma omissiva.

Dessa feita, a intervenção ministerial exsurge essencial. Entenda-se, no entanto, em termos claros: O objetivo primevo da atuação do *Parquet*, no uso de suas atribuições eleitorais, é garantir o direito de voto aos presos provisórios e não “colocar a autoridade judiciária em maus lençóis”.

4. Conclusão

Diante dessas breves considerações, destaca-se a relevância do papel do Ministério Público na garantia dos direitos fundamentais, o que, aliás, coaduna-se com a missão constitucional de instituição permanente essencial para a defesa do regime democrático.

Nota e referencia bibliográfica

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 422

² O mesmo raciocínio aplica-se à transação penal (art. 76 da Lei 9099/95) e ao *sursis* processual (artigo 89 da Lei 9099/95).

3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.5.1 VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 331p.

Elton Venturi é Procurador da República, Mestre e Doutor pela PUC-SP e Professor Universitário. Conforme explicado pelo próprio autor, a obra é fruto “das crescentes indagações que me intrigaram desde quando fiz uso (pela primeira e única vez!) do pedido de suspensão da eficácia de liminar concedida contra o Poder Público, à época exercendo as funções de procurador do Estado do Paraná” (fl. 09).

Aduz ainda ter ficado surpreso com a facilidade com que obteve o seu intento, pois bastou não mais do que uma petição de duas laudas, desprovida de documentação idônea, a cópia da liminar que pretendia sustar e dois minutos

cronometrados de audiência com o magistrado para que viesse a decisão “presentes os requisitos legais, defiro a suspensão pleiteada” (fl. 09).

O livro aborda a suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público de uma forma abrangente e bastante didática, em cujo material certamente o operador do direito encontrará as respostas necessárias às muitas questões que circundam o tema.

A monografia destaca-se, ainda, por sua praticidade e objetividade com as quais Elton Venturi trata a matéria, o que torna o acesso às informações mais facilitado e dinâmico.

B) Artigos

3.1.5.2 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Concretização da Constituição: As possibilidades transformadoras do Direito.** In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 01, jan./jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.681-712.

Nesse artigo, Lenio Luiz Streck sustenta que ainda há alguns dispositivos da CF/88 que não obtiveram efetivação. Por isso, exige-se um melhor entendimento/enfrentamento sobre essa problemática a partir de “uma discussão acerca do papel do Direito (portanto da Constituição) e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como das condições de possibilidade para a

implementação/concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir desse novo paradigma de Direito e Estado” (p. 683).

Por meio de uma abordagem realmente profunda sobre o tema, o texto interessa àqueles que estão à procura de material de excelente qualidade teórica.

3.1.6 Jurisprudências da área

3.1.6.1 STF, Tribunal Pleno. *Artigo 154, VI, da Lei Complementar no 59, de 18 de janeiro de 2001, do Estado de Minas Gerais, que prevê hipótese de pena de demissão a magistrado em razão de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.*

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE 2. Artigo 154, VI, da Lei Complementar no 59, de 18 de janeiro de 2001, do Estado de Minas Gerais, que prevê hipótese de pena de demissão a magistrado em razão de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, por decisão da maioria de votos dos membros da Corte Superior do Tribunal de Justiça, além dos casos previstos no art. 26 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN; e artigo 156, da mesma lei complementar

estadual, que prevê procedimentos a serem estabelecidos no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - RJ/TJMG para apuração de faltas e aplicação de penalidades, bem como para a decretação de remoção ou disponibilidade compulsórias. 3. Vício de inconstitucionalidade formal, por se tratar de matéria reservada ao Estatuto da Magistratura, de acordo com o art. 93, caput, da Constituição Federal. Precedentes: ADI no 2.880-MA, ADI no 3.053-PA, ADI no 3.224-AP. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3.227-5 /MG, Rel. MIN. GILMAR MENDES, j. 26 de abril de 2006, DJ e DOU 20/09/2006).

3.1.6.2 STF, Tribunal Pleno. *Possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade.*

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas

dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos

Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. **Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes**

somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF, Tribunal Pleno, RE 197917 / SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, DJ 07-05-2004 pp-00008).

3.1.6.3 STF, Tribunal Pleno. Possibilidade de o Poder Legislativo inserir emendas nos projetos de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 25 E DO CAPUT DO ARTIGO 46 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 836, DE 02 DE DEZEMBRO DE 1997. DIPLOMA NORMATIVO QUE INSTITUIU O PLANO DE CARREIRA, VENCIMENTOS E SALÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS INEGRANTES DO QUADRO DO MAGISTÉRIO DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO AOS INCISOS IV E VI DO ARTIGO 84 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998, BEM COMO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (ART. 2º DA C.F.). - As normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa. Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações: a) a impossibilidade de o parlamento veicular matérias diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo; e b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF). No caso, a Lei

Complementar nº 836/97 é fruto de um projeto de lei de autoria do próprio Governador do Estado de São Paulo e o impugnado parágrafo único do artigo 25, embora decorrente de uma emenda parlamentar, não acarreta nenhum aumento da despesa pública. Vício de inconstitucionalidade que não se verifica. - O artigo 46 da Lei Complementar nº 836/97 dispõe que, na hipótese de o deslocamento do servidor público ocorrer sem prejuízo remuneratório, caberá ao Município ressarcir ao Estado os valores pagos ao agente estatal cedido, bem como os encargos sociais correspondentes. Tudo a ser feito com recursos provenientes do repasse do Fundo de Desenvolvimento e Manutenção do Ensino Fundamental. Caso em que se reconhece ofendida a autonomia municipal para aplicar livremente as suas rendas (CF, art. 18). - Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Na hipótese de o afastamento ocorrer sem prejuízo de vencimentos, o Município ressarcirá ao Estado os valores referentes aos respectivos contra-cheques, bem como encargos sociais correspondentes, com recursos provenientes do repasse do Fundo de Desenvolvimento e Manutenção do Ensino Fundamental", constante do art. 46 da Lei Complementar nº 836/97, do Estado de São Paulo. (STF, Pleno, ADI nº 3.114/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 24.08.2005, DJ 07.04.2006, p. 15).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 As novas fronteiras agrícolas: novos desafios para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Marcos Paulo Queiroz Macêdo

Promotor de Justiça em Araxá (MG)

Análises e opiniões acerca de eventos passados são sempre mais precisas do que as feitas sobre o presente, pois a observação hodierna nem sempre permite que se vislumbre o que de fato está ocorrendo, e pode ser ainda que nossa visão do presente esteja absolutamente eclipsada ao que realmente importante estamos vivendo. Afinal, como cantou Luis Vaz de Camões, “todo o mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades”.

Do passado recente brasileiro, é notório e conhecido o movimento de migração interna iniciado na década de 70, conhecido como “expansão das fronteiras agrícolas”, quando habitantes do sul do País se deslocaram para o norte, vindo a ocupar áreas da Amazônia legal, efetivando imensos desmates e ali implantando monoculturas, como a de soja, ou pastagens, intervindo, assim, de modo avassalador naquele ambiente, com consequências visíveis até mesmo do espaço sideral.

O que certamente está passando despercebido a muitos de nós membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é a atual deflagração de movimento análogo a este, com a transmutação de monoculturas de outros Estados para o nosso, sobretudo para a região do Triângulo Mineiro.

Primeiramente, adveio a cultura de soja; hoje, há a implantação da monocultura de cana-de-açúcar, que transpôs a fronteira do Estado de São Paulo para o nosso de maneira indefectível, inclusive (e por isso mesmo) com a instalação de dezenas de usinas, cuja maioria ainda está em construção¹.

E a explicação para isso certamente não é apenas o esgotamento das terras cultiváveis no Estado de São Paulo, aliado à boa qualidade das nossas; está também no fato de ainda não sabermos lidar com essa realidade ambiental que irá alterar definitivamente as belas paisagens mineiras, diferentemente do que ocorre no Estado de São Paulo, onde os mecanismos de fiscalização ambiental, neles incluído o Ministério Público, com

know how conquistado ao longo de vários anos e a duras penas, vêm substancialmente endurecendo o trato e as exigências para com os praticantes locais de monoculturas.

Aqui em Minas Gerais, lamentavelmente, a velocidade da implantação das culturas de soja (hoje em franca decadência) e, pior, da de cana-de-açúcar, não está sendo acompanhada pelos entes fiscalizadores. Isso significa, sobretudo, muito desmatamento, utilização irregular e abusiva de águas e a ululante ausência de licenciamentos ambientais, inclusive e absurdamente, para a construção de usinas de processamento de cana.

Daí emergir a necessidade de uma atuação firme das curadorias do meio ambiente das localidades em que estes empreendimentos estão se instalando, antes que seja tarde demais.

Mais do que isso, deve haver uma ação integrada e coordenada pela Chefia da instituição, mormente por meio do CAO/MA, haja vista que as lavouras não respeitam os limites territoriais das comarcas.

Nessa medida, é fundamental haver uma interação institucional com os colegas paulistas, já bastante experientes no problema, quiçá pela confecção de um convênio de cooperação entre os Ministérios Públicos do Estado de Minas Gerais e o do Estado de São Paulo.

Se medidas urgentíssimas não forem tomadas, certamente haverá um gravoso e irrecuperável prejuízo à natureza do nosso Estado.

O novo nem sempre é o melhor, ou, pelo menos, não apresenta apenas vantagens. Como adverte Camões no mesmo poema, “continuamente vemos novidades, diferentes em tudo da esperança”.

Nota:

¹ Segundo informação do jornal “Estado de Minas”, constante da página 14 de sua edição n 23.584, de 1º de agosto de 2006, atualmente existem em Minas Gerais 39 projetos em estudo, implantação ou expansão de usinas produtoras de açúcar ou álcool.

3.2.2 Compensação financeira pela exploração de recursos minerais CFEM: viabilidade e conveniência de aplicação dos recursos em benefício do meio ambiente

Reinaldo Paulino Pimenta

Engenheiro de Minas Técnico do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e Urbanismo de Minas Gerais.

A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) foi estabelecida pelo § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo devida aos Estados, Distrito Federal, Municípios e aos órgãos da administração da União (DNPM, IBAMA e MCT), como forma de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos e de outros recursos minerais em seu respectivo território.

Quem exerce atividade de mineração em decorrência da exploração ou extração de recursos minerais deve, obrigatoriamente, recolher a contribuição. Sendo assim, a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais constitui-se fato gerador da contribuição. Outro fator gerador da contribuição é a transformação industrial do produto mineral ou mesmo o seu consumo por parte do minerador. No caso da venda do produto mineral, a CFEM é calculada sobre o valor do faturamento líquido, obtido por ocasião da venda. Entende-se por faturamento líquido o valor da venda do produto mineral, deduzindo-se os tributos (ICMS, PIS, COFINS) que incidem na comercialização, bem como também as despesas com transporte e seguro. Quando não ocorre a venda, porque o produto mineral é consumido, transformado ou utilizado pelo próprio minerador, então se considera como valor, para efeito do cálculo da CFEM, a soma das despesas diretas e indiretas ocorridas até o momento da utilização do produto mineral.

A Lei 8.001/90, de 13 de março de 1990, estabeleceu os seguintes valores de alíquotas para a cobrança da CFEM: I - minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3% (três por cento); II - ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2% (dois por cento); III - pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento); IV - ouro: 1% (um por cento), quando extraído por empresas mineradoras, isentos os garimpeiros.

De acordo com o art 3º, inciso IX, da Lei n.º 8.876/94 cabe ao Departamento Nacional de Produção Mineral (D.N.P.M) a administração e fiscalização dos recursos provenientes do recolhimento da compensação. Incumbe ainda ao órgão federal o repasse dos valores obtidos com a cobrança da contribuição e a divulgação dos valores repassados.

Os valores arrecadados com a CFEM são distribuídos aos Municípios, aos Estados e à União, em cotas de 65%, 23% e 12%, respectivamente.

Com o objetivo de intensificar a fiscalização da cobrança da CFEM, o D.N.P.M. elaborou o Programa Nacional de Arrecadação CFEM para o quadriênio 2005-2008. Esse programa prevê ações com a finalidade de reduzir as atividades de extração

mineral exercidas de modo informal ou inadimplente, contribuindo para um acréscimo nos valores arrecadados.

Entre as ações implementadas, o D.N.P.M. oferece a modalidade de convênios a serem firmados com as Prefeituras Municipais, nos quais os administradores municipais firmam um acordo de cooperação técnica que visa, entre outras questões, acompanhar as declarações realizadas pelas empresas mineradoras do município e fiscalizar de forma conjunta a arrecadação da CFEM.

No estado de Minas Gerais, o D.N.P.M. realizou um estudo do crescimento da arrecadação da CFEM e do potencial de crescimento da arrecadação no quadriênio 2005-2008. Nesse estudo constatou-se que a arrecadação efetivamente recolhida em 2004 representou 58,43 % da meta estabelecida para 2008. O acréscimo previsto para 2008 pode ser atribuído à maior produção mineral estimada para o período, à diminuição da informalidade da produção mineral e ao aumento da fiscalização.

No que pertine à destinação dos recursos auferidos pelos entes federativos, é expressamente vedada, pelo artigo 8º da Lei 7.990/89 e pelo parágrafo único do artigo 26 do Decreto 01/91, a aplicação dos valores arrecadados em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal.

O D.N.P.M. em seu site (www.dnpm.gov.br) informa que as receitas deverão ser aplicadas em projetos, que direta ou indiretamente revertam em prol da comunidade local, na forma de melhoria da infra-estrutura, da qualidade ambiental, da saúde e da educação.

Como a contribuição tem sua origem na compensação pela extração de recursos minerais, atividade sabidamente degradadora do meio ambiente, a prioridade dos investimentos dos recursos em benefício da melhoria da qualidade ambiental (implantação de depósitos de resíduos urbanos, estações de tratamento de esgotos, projetos de educação ambiental etc.) nos municípios onde ocorre a exploração, mostra-se sem dúvida como uma das opções mais razoáveis e convenientes, uma vez que funcionaria como uma forma indireta de compensação pelos efeitos deletérios causados pelos empreendimentos minerários.

Todos os dados relativos à CFEM, ao Programa Nacional de Arrecadação da CFEM, aos valores distribuídos aos municípios e Estados da União e os documentos referentes ao convênio a ser firmado com as prefeituras encontram-se disponíveis no site do D.N.P.M. (www.dnpm.gov.br), link CFEM. A seguir, a título de demonstração da significância dos valores da CFEM e conseqüente necessidade de se fiscalizar a sua correta aplicação, relacionamos os 10 municípios de Minas Gerais com maior arrecadação no ano de 2005:

	MUNICÍPIO	ARRECADAÇÃO CFEM - 2005*
1.	ITABIRA	R\$ 27.281.422,12
2	MARIANA	R\$ 17.672.611,22
3.	NOVA LIMA	R\$ 16.668.393,69
4.	ITABIRITO	R\$ 11.494.213,69
5.	OURO PRETO	R\$ 9.086.204,52
6.	BRUMADINHO	R\$ 8.537.446,10
7.	CONGONHAS	R\$ 5.653.729,35
8.	SÃO GONÇALO DO RIO ABAIXO	R\$ 4.317.907,20
9.	BARÃO DE COCAIS	R\$ 3.933.850,25
10.	SABARÁ	R\$ 2.940.961,25

* Fonte: Site do D.N.P.M (www.dnpm.gov.br) - acesso em 22 de maio de 2006

3.2.3 Coisa julgada na tutela coletiva

André Luiz dos Santos

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito de Jaú, Mestrando em Direito Constitucional I.T.E./Bauru

A coisa julgada na tutela coletiva é tema em debate no Congresso Nacional. Há Proposta de Emenda à Constituição (P.E.C. nº 358/05 – remanescente da reforma do Judiciário) que pretende fixar, no artigo 105, § 2º, da Constituição Federal¹, restrição territorial ao regime da coisa julgada nas ações coletivas. No entanto, dentro do sistema da tutela coletiva, a pretensa alteração não comporta aplicação. É isso o que se pretenderá desenvolver no presente estudo, que buscará, ainda, demonstrar a impertinência da P.E.C. nº 358/05.

Segundo a definição legal, denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso (art. 467 do Código de Processo Civil). Pode-se afirmar, então, que coisa julgada é o resultado prático e efetivo do processo. Como norma individual, ela produz efeitos com relação às partes da relação jurídica processual. Como norma coletiva, impõe revisão dos conceitos processuais, para adequação às modernas demandas sociais, exercício que implicará o alcance da coisa julgada extensivo a pessoas não integrantes da relação jurídica processual.

No Brasil, no sistema da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a decisão é oponible 'erga omnes', exceto no caso de improcedência por insuficiência de provas. Portanto, a regra é da coisa julgada 'secundum eventum litis', com exceção da demanda improcedente por ausência de provas. Na disciplina da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.437/85) adotou-se o mesmo regramento, o que restou reforçado pelas normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 103 e 104). Isso porque correta a interpretação no sentido de que há reciprocidade entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que se complementam no que concerne à tutela coletiva de direitos.

Tal sistema, viável juridicamente e adequado à evolução

do processo para servir à solução de questões sociais, sofreu um revés com a promulgação da Lei nº 9.494/97. O Diploma alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública para limitar a eficácia externa da coisa julgada ao território jurisdicional do prolator da sentença. No entanto, a tentativa de alteração das regras em comento não se sustentou no plano jurídico. Agora, pela Proposta de Emenda Constitucional em comento, há a tentativa de inserção da regra no Texto Maior, mas cuida-se de um erro.

Afirma-se que o dispositivo proposto viola claramente o princípio do juiz natural, que preconiza a escolha do juízo por critérios aleatórios e não pela definição de um órgão superior, por mais isento que seja (o preceito em comento conferirá ao Superior Tribunal de Justiça, depois da demanda proposta, o poder de fixar a competência de ação coletiva).

Verifica-se, de outra banda, violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, uma vez que o texto em comento inviabiliza o controle de danos regionais, porquanto a extensão territorial da decisão deve sempre depender da natureza do direito defendido e não de uma decisão ulterior, que venha a retirar parcela da eficácia de um provimento judicial.

Se não bastasse, a limitação ao território do julgador não condiz com a natureza dos interesses tutelados (indivisíveis), pois, estranhamente, a decisão somente beneficiaria terceiros sob jurisdição territorial do magistrado sentenciante. Há, com isso, afronta clara ao princípio da isonomia, já que criaria classes diferenciadas de lesados que, na verdade, encontram-se na mesma situação jurídica.

Necessária, então, a conscientização da nocividade do que está por vir, ficando a expectativa de que uma reflexão do Parlamento possa evitar tal erro.

Nota:

¹ Art. 105, § 2º. Nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal ou Territórios, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, definir a competência do foro a extensão territorial da decisão.

Referências bibliográficas:

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. *Coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Editora LTR, 1999.

SOUZA, Motaúri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 MENCIO, Mariana e PIRES, Luis Manoel Fonseca (coords.). **Estudos de Direito Urbanístico: licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da Lei de Parcelamento do Solo**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006, 227p.

A obra traz artigos especializados e, conforme destacam os autores, tem “a proposta de debater temas polêmicos sobre dois assuntos: as licenças urbanísticas e o parcelamento do solo” (p. 9).

Com efeito, o livro objetiva tratar de temas polêmicos e recorrentes na prática do Direito Urbanístico. Desenvolvem-se, nos artigos desta obra, temas como a busca por uma solução diante do conflito da invalidade de licenças urbanísticas e a sua presunção de legitimidade, a influência do estudo de impacto de vizinhança em relação à expedição das licenças, as espécies de licenças diante da Lei 6.766/76 e do Projeto de Lei nº. 3.057/2000, os conflitos de competências legislativa e material

entre os entes federativos no licenciamento urbanístico e ambiental, e, ainda, o tormentoso impasse diante da pretensão de reconhecimento da prescrição aquisitiva (usucapião) de lotes em áreas cujo parcelamento do solo realizou-se ilicitamente.

Segundo apontou o notável Paulo Affonso Leme Machado, no prefácio ao livro, os autores discorrem com seriedade e profundidade, aliando a doutrina jurídica à vivência profissional, em suas atividades de Advocacia (Mariana Mencion e Antonio Carlos Ortolá Jorge), Magistratura (Luis Manuel Fonseca Pires) e Ministério Público (Maximiliano Rosso e Leandro Bakowski).

3.2.4.2 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 480p.

Com apoio na sua vasta experiência enquanto membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o autor faz uma abordagem completa sobre a tutela ao patrimônio cultural, com doutrina, jurisprudência e legislação atuais sobre a matéria tema.

O livro discorre sobre o tema em diversas dimensões: evolução histórica, principiologia, competência e jurisdição, instrumentos de proteção, crimes, responsabilidade civil, tutela administrativa etc.

Nas palavras de Jarbas Soares Junior no prefácio à obra:

Não há dúvidas quanto à relevância e atualidade do tema.

A proteção do patrimônio cultural é um dos grandes desafios de nossa sociedade, marcada por transformações sociais, institucionais e tecnológicas cada vez mais velozes e intensas.

(...)

Todavia, não obstante a indiscutível relevância atual da temática e sua regulação normativa, poucas são as obras jurídicas que a tratam de modo abrangente e sistemático. De fato, a maioria dos textos publicados sobre a questão aborda somente alguns de seus aspectos, inviabilizando uma compreensão mais ampla do regime jurídico que se contrapõe à complexa problemática da degradação progressiva dos bens e valores culturais (XIX).

B) Artigos

3.2.4.3 MILARÉ, Édis e ARTIGAS, Priscila Santos. **Compensação Ambiental: questões controvertidas.** In Revista de Direito Ambiental, nº 43, ano 11, jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 101-114.

O artigo comenta a chamada *compensação ambiental* prevista no art. 36, *caput*, e seu § 1º, da Lei nº 9.985, de 18.07.2000, lei esta que “Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências”.

O citado artigo dispõe que:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a

implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

Segundo alertam os autores, muitos são os questionamentos acerca de sua natureza jurídica, tornando difícil o seu enquadramento dentro do ordenamento jurídico pátrio, havendo quem sustente a sua natureza de reparação civil, bem como aqueles que a qualificam como tributo.

O artigo relaciona, ainda, a compensação ambiental ao princípio do poluidor pagador, bem como analisa o possível *bis in idem* na aplicação conjunta da compensação ambiental com as medidas compensatórias inseridas em condicionantes do licenciamento ambiental.

Por fim, a título de ilustração, vale mencionar que o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 foi regulamentado pelo Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002.

3.2.5 Jurisprudências da área

3.2.5.1 STJ, 2ª Turma. *Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/1988)*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - CRIANÇA QUE PADECE DE NEFROPATIA DO REFLUXO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET - ART. 127 DA CF/88 - PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA.

O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pela colenda Primeira Turma deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a

ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88). Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o fornecimento de medicamento necessário e de forma contínua a criança para o tratamento de nefropatia do refluxo, há de ser reconhecida a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. Recurso especial provido, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado (STJ, 2ª Turma, REsp nº 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.08.2006, DJ 17.08.2006, p. 340).

3.2.5.2 TJMG, 4ª Câmara Cível. Ministério Público pode exigir do Município a cobrança de tributo, por intermédio de pedido de obrigação de fazer formulado em ação civil pública, nos casos em que a lei municipal, incidentalmente declarada inconstitucional, desobrigava o ente de arrecadar em detrimento ao Erário

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ARRECADAÇÃO. IMPOSTO E TARIFA. ABSTENÇÃO. NORMAS REPUTADAS ILEGAIS. A pessoa jurídica de direito público pode figurar no pólo passivo de ação civil pública. O Município é parte passiva legitimada para a ação civil pública em que se pede a imposição de obrigação de fazer, consistente na arrecadação de valores referentes a imposto e tarifa que, mediante a aplicação de normas reputadas ilegais, alega-se ter deixado de efetivar em detrimento do seu erário. Dá-se provimento parcial à apelação cível nº 1.625.03.032.014-1/002 e cassa-se a sentença, prejudicados os recursos interpostos no processo em apenso.

(...)

Extrai-se, dos autos, que o apelante sustenta que as mencionadas Leis foram editadas com ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal e em prejuízo do erário do Município, por determinarem renúncia de receita mediante o estabelecimento de descontos e de valores mínimos para pagamento do IPTU e da tarifa de água e esgoto pelos contribuintes.

Observe, inicialmente, que não se trata do caso previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180/2001, que veda a utilização da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

Na espécie, o beneficiário das medidas postuladas, caso procedentes, seria o próprio patrimônio do Município de São João Del Rei (apelado) que, segundo alega o recorrente, sofreu prejuízo em decorrência da renúncia de receita

promovida com a edição das leis municipais impugnadas.

É pacífica, no Supremo Tribunal Federal, a orientação de que nas ações coletivas é possível a declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo municipal (RE nº 227.159/GO, relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 17.05.2002, p. 73).

No mesmo sentido:

" (...) O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade." (AI nº 504.856 AgR/DF, relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 08.10.2004, p. 18).

Mas, nos autos, ao contrário do que entendeu o sentenciante (Apelação Cível nº 1.625.03.032.014-1/002, f. 165/166- TJ), não se pede a declaração de inconstitucionalidade das normas municipais, e sim da ilegalidade delas, porque estariam em conflito com as regras do art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000, que exige a estimativa prévia do impacto orçamentário-financeiro em caso de renúncia de receita.

Os Municípios, como os demais entes públicos, podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, como no caso, em que se pede contra o Município de São João Del Rei a imposição de obrigação de fazer, consistente na arrecadação de valores referentes ao imposto e à tarifa que, nos termos das Leis impugnadas, alega-se ter deixado de efetivar em detrimento do seu erário.

Logo, não ocorre a ilegitimidade passiva assimilada na sentença. (...) (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0625.03.032014-1/002, Rel. Des. Almeida Melo, j. 02.06.2005, DJ 21.06.2005).

3.2.5.3 TJMG, 15ª Câmara Cível. Reconhecimento do dano moral coletivo. Caráter pedagógico da condenação

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DIREITO DIFUSO - PROPAGANDA ENGANOSA - VIAGENS PARA QUALQUER LUGAR DO PAÍS - DANO MORAL COLETIVO. A propaganda enganosa, consistente na falsa promessa a consumidores, de que teriam direito de se hospedar em rede de hotéis durante vários dias por ano, sem nada pagar, mediante a única aquisição de título da empresa, legitima o Ministério Público a propor a ação civil pública, na defesa coletiva de direito difuso, para que a ré seja condenada, em caráter pedagógico, a indenizar pelo dano moral coletivo, valor a ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85.

(...)

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu órgão de atuação de defesa dos direitos do consumidor, ajuizou, em desfavor de Solemar Hotéis Camping Club, a presente ação civil pública, aduzindo, em suma, que a empresa

ré, mediante propaganda flagrantemente enganosa, ludibriou diversos consumidores na cidade de Uberlândia, causando danos a uma coletividade de indivíduos, os quais devem ser reparados.

Informa a petição inicial que a propaganda enganosa consistia em uma promoção, a qual dava direito a concorrer a suposto sorteio de uma viagem, para qualquer lugar que a ré tivesse hotel conveniado, durante 28 dias por ano, sem custo algum. No momento em que o "sorteado" comparecia ao escritório da empresa, era-lhe informado que deveria adquirir um título da empresa, pagando o valor de R\$640,00, dividido em 4 parcelas de R\$160,00. Entretanto, diversos consumidores que foram sorteados, e também efetuaram o pagamento requerido, jamais desfrutaram da suposta viagem, sendo que, ao procurarem, posteriormente, o escritório da ré, encontraram o prédio de portas fechadas, sem qualquer objeto, ficando demonstrado que a Solemar obteve vantagem ilícita.

Assim, considerando a prática de atos ilícitos pela ré, requereu a autor a condenação desta ao pagamento da quantia de R\$200.000,00, a título de dano moral coletivo, valor este que deverá ser depositado no Fundo de Defesa de Direitos Difusos, ou em qualquer outro, a critério do Magistrado.

Ao contestar o pedido, a ré asseverou que o verdadeiro responsável pelas práticas ilícitas denunciadas nos autos é o representante legal da empresa Antônio Carlos Puccinelli - ME. Disse que nunca manteve escritório na cidade de Uberlândia, tendo apenas contratado uma empresa no local, como sua representante comercial; que a ação intentada contra a sua pessoa fuge dos limites do Direito e da Justiça, porquanto se trata de empresa conceituada no mercado de lazer, hotéis e camping há mais de duas décadas, estando a exercer as suas atividades de forma lícita durante todo esse tempo.

Com a devida vênia do entendimento sufragado na douta sentença, entendo que os fatos descritos e provados nos autos são capazes de caracterizar o alegado dano moral, merecendo prosperar o pedido de reparação dos danos causados à coletividade.

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação decorre do art. 129, III, da Constituição Federal, que assim dispõe:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"

Da leitura dos artigos 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor, extrai-se a conclusão de que o Ministério Público possui legitimidade ativa concorrente para a defesa coletiva dos interesses ou direitos difusos dos consumidores, assim como dos interesses ou direitos coletivos e dos interesses individuais homogêneos destes.

Sobre o tema, destaco:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - SORTEIOS TELEVISIVOS - 'LINHA 0900' - TUTELA ANTECIPADA - AUTARQUIA ESTADUAL - AUSÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO - LEGITIMIDADE AD CAUSAM - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRECEDENTES. (...). II - A ação civil pública proposta tem por objetivo proteger os consumidores de eventual propaganda enganosa, o que confere legitimidade ativa ao Ministério Público Federal, conforme o disposto na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 7.347/85. Com ressalvas do relator quanto à terminologia, recurso a que se nega conhecimento." (STJ - 3ª T. - RESP 332.331/SP - Rel. Min. Castro Filho - J. 26.11.2002 - DJ 19.12.2002 - p. 361).

No caso dos autos, a causa de pedir da demanda é a veiculação de propaganda enganosa pela ré, enquanto que o pedido é a condenação desta ao pagamento de danos morais, na forma e no valor acima indicados.

A defesa coletiva instaurada na lide visa proteger os chamados "interesses ou direitos difusos", os quais, na definição do inciso I do art. 81, do CDC, são os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Tendo o autor da ação argüido o ferimento a direito da sociedade como um todo, a hipótese é de "indeterminação de

pessoas, ligadas por circunstâncias de fato" (interesses ou direitos difusos), e não de "pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica" (interesses ou direitos coletivos), ou de "interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum".

Para um melhor esclarecimento da questão, vejamos o comentário dos autores do anteprojeto do CDC:

"Suponha-se, para raciocinar, uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge um número indeterminável de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos 'difusos'. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou o serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos 'individuais homogêneos'" (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. in "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto", 8ª ed., Forense Universitária, 2005. p. 811).

A conclusão da sentença foi a de que "não restou demonstrada a ofensa ao sentimento coletivo, ou seja, de valores compartilhados pela coletividade, caracterizando danos aos interesses extrapatrimoniais dos membros de um grupo ou coletividade, a ensejar indenização que atenda toda a comunidade atingida pelo evento danoso. Muito pelo contrário, restou demonstrado que houve ofensa sim, mas restrita ao interesse individual de cada consumidor" (f. 276).

Com minhas escusas, assim não entendo.

Primeiro, ressalto que a ofensa individual porventura causada pelos atos da ré não impedem o ajuizamento de ações individuais pelos consumidores, conforme já explicitado alhures.

Segundo, na linha de entendimento do recurso interposto, penso que a propaganda enganosa veiculada pela ré teve, sim, o condão de atingir e ofender o sentimento coletivo dos consumidores.

Pelos termos da lide, é fato incontroverso que os representantes da ré (aplica-se ao caso a responsabilidade solidária prevista no art. 34 do CDC) veicularam propaganda com falsas promessas de viagens.

Segundo consta dos autos, o consumidor, ao ser "sorteado" em uma promoção, dirigia-se ao escritório da empresa, onde lhe era passada a informação de que bastaria pagar a quantia de R\$640,00, em quatro prestações, para ter o direito de viajar, durante 28 dias no ano, para qualquer lugar do país onde a Solemar tivesse hotel ou acomodação similar conveniente.

Tudo não passou de propaganda enganosa, já que nenhuma viagem foi realizada.

Referida propaganda, sempre realizada em pontos de alta concentração de pessoas, como supermercados e postos de gasolina, ludibriou o entendimento e a confiança depositada pela sociedade como um todo - especialmente as pessoas menos esclarecidas -, merecendo a reprovável atitude da ré a devida sanção, na forma de indenização por dano moral coletivo.

Sobre a figura da propaganda enganosa, calha trazer à colação:

"A publicidade é enganosa mesmo que sua capacidade de induzir em erro manifeste-se apenas em relação a consumidores particularmente vulneráveis (os doentes, as

crianças, os idosos, os crédulos, os ignorantes, os de pouca instrução). Em outras palavras, não se exige que a 'maioria' dos consumidores seja atingida pela capacidade de induzir em erro". (Op. cit., p. 332).

Por outro lado, entendo de suma importância resgatar as seguintes palavras (confissão) da ora apelada:

"(...) realmente houve abusos cometidos por parte dos prestadores de serviços da empresa ré, ao anunciarem falsamente vantagens indevidas usando de expedientes fraudulentos".

Nessas circunstâncias, e diante da robusta prova documental encartada aos autos, não há como entender de modo diverso, a não ser pela responsabilização da empresa ré, em virtude dos lamentáveis atos praticados por sua representante na cidade de Uberlândia.

Houve, por parte da ré, grave ofensa aos princípios de transparência, lealdade, informação e boa-fé (conduta antijurídica), revelando-se justa a intervenção do Parquet, para proteção do direito difuso ofendido (dano), através deste importante instrumento que o sistema jurídico colocou a sua disposição: a ação civil pública.

Presente está, ainda, o nexo de causalidade, eis que, abstraída a causa, não teríamos o resultado.

Em situação semelhante a dos presentes autos, já se decidiu:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ENGANOSA. ART. 37, DO CDC. PROPAGANDA VEICULADA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE CURSO DE JUÍZES ARBITRAIS E MEDIADORES, GARANTINDO SALÁRIOS RENDOSOS, POSSIBILIDADE DE ATUAREM EM CÂMARAS JÁ CONSTITUÍDAS E PALESTRANTES QUE NÃO CONFIRMARAM SUA PARTICIPAÇÃO. INFORMAÇÕES QUE NÃO CONDIZIAM COM A REALIDADE. SEMPRE QUE O ANÚNCIO FOR CAPAZ DE INDUZIR O CONSUMIDOR EM ERRO, MESMO QUE ESTA NÃO SEJA A INTENÇÃO DO ANUNCIANTE, CARACTERIZADA ESTÁ A PUBLICIDADE ENGANOSA, AO QUE DISPÕE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME." (TJRS - 20ª C. Cív. - Ap. 70004023669 -Rel. Des. Rubem Duarte - J. 17.11.2004). (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.02.029297-6/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 23.06.2006, DJ 01.08.2006).

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Reflexões sobre o novo Código Civil: mudanças operadas no direito da família e das sucessões

João Francisco Moreira Viegas

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Paris (Sorbonne) e em Processo Civil pela Universidade Paulista. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do Estado de São Paulo. Ex-membro do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Conselho Redacional da Revista Justitia.

1. Primeiras palavras

A entrada em vigor de um novo código exige de todo aquele que se dedica ao estudo do Direito uma acurada reflexão sobre as inovações por ele introduzidas no sistema jurídico do País, especialmente sobre aquelas de maior monta. Esse, exatamente, o objetivo do ensaio.

Não se trata, por óbvio, de estudo de fôlego, com posições definitivas e acabadas. É trabalho que reflete as impressões do autor sobre o um texto normativo, ainda em fase de sedimentação.

O fato é que aí está o novo Código Civil e urge conhecê-lo e entendê-lo.

Preso a esse norte, procurarei destacar as principais modificações por ele operadas no Direito da Família e das Sucessões, de maneira direta e concisa.

Cumprido, finalmente, esclarecer que, na medida do possível, seguirá, este estudo, a mesma ordem de entrada das matérias estabelecidas na nova lei. Prestados os necessários esclarecimentos, passo ao enfrentamento da matéria.

2. Elementos de validade do casamento

A primeira grande inovação que verifico no instituto diz respeito à unificação da idade núbil, ou seja, homem ou mulher, agora, podem se casar a partir dos 16 anos, exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, que passou a ser alcançada aos 18 anos (CC, 1517). No sistema anterior era 16 anos para as mulheres e 18 anos para os homens (CC de 1916, art. 183, XII).

Visto que a idade núbil não se confunde com a maioridade civil, os menores de 18 anos continuam a necessitar da autorização dos pais para que possam se casar. Se analfabetos, autorizarão com assinatura a rogo. Havendo divergência entre eles, ou se um deles estiver em lugar incerto e não sabido, poderá o juiz suprir esse consentimento. O mesmo se fazendo nos casos de recusas abusivas.

A autorização para contrair matrimônio, expedida pelos pais, tutores ou curadores continua podendo ser revogada até a celebração do casamento (CC, 1518).

A segunda novidade que observo é a do estabelecimento de uma idade única para a deflagração do regime obrigatório da separação de bens, qual seja, a de 60 anos para ambos os sexos (CC, 1641 II). Lembro que, no Código anterior, era de 60 anos para os homens e 50 anos para as mulheres (CC de 1916, 258 II).

Aqui, como também ocorrido na capacidade núbil, a igualdade de tratamento dos sexos é consequência das reformas

introduzidas pela Carta de 1988.

Questão que talvez gere alguma celeuma é a da possibilidade do regime compulsório de separação ser alterado, com fundamento no artigo 1639, § 2º.

A resposta que, em princípio, melhor se coaduna com o sistema, sem dúvida nenhuma, é a negativa. É preciso, no entanto, lembrar que o Direito de Família exige do intérprete uma visão mais elástica e afinada com a realidade da vida e, certamente, casos serão trazidos aos Tribunais, onde não será esta a melhor solução. Aliás, como bem observa Sílvia Rodrigues:

Uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar atrativos matrimoniais de quem a detém. Não havendo inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver (Curso..., 1999, p. 165).

A terceira alteração, embora de pouca ou nenhuma repercussão de ordem prática, diz respeito ao casamento religioso de efeitos civis. Antes regulado em lei esparsa, agora pelo próprio Código Civil (CC, 1515 e 1516).

Maior e mais importante alteração, nota-se no capítulo que trata dos impedimentos matrimoniais. Impedimentos, para o novo Código, são apenas aqueles antes chamados de dirimentes, esses se violados tornam nulo ou anulável o casamento (CC, 1521 e 1522).

Impedimentos impeditivos ou simplesmente proibitivos passam a ser tratados como causas suspensivas, porque sua arguição apenas suspende a execução do casamento, até que a causa seja eliminada (CC, 1523 e 1524). Ocorrendo o enlace com inobservância de qualquer uma dessas causas suspensivas, o regime de bens será, obrigatoriamente, o da separação (CC, 1641 I) e terão os filhos hipoteca legal sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior (CC, 1489 II). Facultado ao juiz permitir a realização do casamento, sem qualquer restrição, se provada a inexistência de prejuízo, respectivamente para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada (CC 1523 p. Único).

Melhorou, pois, em muito, o trato científico da matéria. Impedimento, sempre é bom lembrar, só ocorre quando o casamento não é admitido.

A melhoria da técnica legislativa mais se evidencia no fato de ter o novo ordenamento deslocado para o capítulo em que trata da invalidade do casamento, hipóteses que nada tem a ver com impedimentos ou causas suspensivas (CC, 1550).

Mas desacertos também ocorreram. Inovação infeliz e que espero seja logo corrigida é a que passou a impedir o casamento entre primos e de tios com sobrinhos (CC, 1521, IV). Desde que realizados os exames médicos necessários e constatada a inexistência de qualquer risco de má formação da prole, não vejo qualquer justificativa para essa proibição.

Desastrada, outrossim, a regra que trouxe a obrigatoriedade da homologação judicial dos procedimentos de habilitação de casamento (CC, 1526). Nada justifica a exigência, que servirá, apenas, para retardar o andamento de nosso, já tão moroso, Judiciário.

3. Regimes matrimoniais de bens

A grande alteração, nesta parte ocorrida, não foi certamente a supressão do regime dotal, pois não bastasse a sua manifesta inconstitucionalidade, nunca se mostrou útil, tampouco caiu no agrado do povo brasileiro. Também não pode ser atribuída à introdução, no rol dos chamados regimes nomeados, do complicado regime de participação final de aquisição, híbrido dos regimes da comunhão universal e da separação de bens (CC, 1672 a 1686).

A verdadeira e importante novidade está, sem dúvida alguma, na admissão da mutabilidade do regime anteriormente escolhido (CC, 1639 § 2º), uma vez que até então o regime de bens era irrevogável (CC de 1916, 230).

Só o futuro poderá dizer, no entanto, se andou bem o legislador. Pessoalmente, nunca vi com bons olhos a imutabilidade do regime de bens. Entendo, como já entendia antes o velho Carvalho Santos, que o interesse dos cônjuges, em muitos casos, aconselha a modificação, e que, no tocante a terceiros, seus direitos podem ficar ressaltados, sem que haja necessidade de se acolher, inflexivelmente, o princípio da imutabilidade, imposto pelo legislador de 1916.

Em verdade a idéia não é nova, numerosas legislações alienígenas, como a suíça, a austríaca e a alemã já permitiam a alteração do regime durante o casamento.

A possibilidade de mudança de regime, no entanto, não é irrestrita, depende de autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, depois de apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros (CC, 1639, § 2º).

Outra inovação trazida pelo Código de 2002, que considero bastante positiva, foi o desaparecimento da exigência de outorga uxória, quando o regime adotado pelo casal for o da separação absoluta de bens, para a prática dos atos elencados nos quatro incisos do artigo 1647, quais sejam: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear como autor ou réu acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação.

4. Direitos e deveres dos cônjuges

O novo Código Civil descreve, através de suas normas reguladoras da questão familiar, a curva evolutiva já traçada pelo legislador constituinte de 1988. Desapareceu assim do novo texto o modelo da sociedade conjugal diferenciada, assente sobre a idéia da complementaridade dos sexos, refletida na função específica de cada um dos cônjuges dentro da família. A família passou a ser uma sociedade funcionalmente indiferenciada ou, pelo menos, não tipicamente diferenciada, assente sobre dois novos princípios: o da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (igualdade jurídica) e o da direção conjunta ou da co-

direção, quer nas relações de caráter pessoal, quer nos assuntos de natureza patrimonial.

O referido princípio da co-direção envolve a necessidade de acordo sistemático dos cônjuges na condução dos assuntos da família. E reveste-se de uma importância prática muito grande naqueles domínios fundamentais como o governo doméstico, a fixação da residência do casal, a administração dos bens e o exercício do poder familiar.

Eliminada a distribuição clássica dos direitos e deveres dos cônjuges, a gestão da sociedade matrimonial far-se-á, doravante, de harmonia com a convenção inicialmente firmada entre os nubentes, ou, na falta de pacto inicial, na sequência das deliberações por eles tomadas sobre a vida do lar (custeio das despesas domésticas, feitura e preparo das refeições, assistência e cuidado dos filhos etc.). Se não for possível o acordo, será lícito a qualquer dos cônjuges recorrer ao judiciário para que este decida em termos definitivos a controvérsia.

Ao marido não mais compete a representação externa da sociedade conjugal, a administração dos bens do casal e à mulher também não mais pertence nem o governo doméstico, nem a direção do lar. Cada um dos cônjuges passou a administrar livremente os seus bens próprios, sem necessidade, para a mulher, de reservar para si esse poder, nas cláusulas do pacto antenupcial. Aos bens comuns foi adotada a regra da co-direção ou direção conjunta.

Eliminadas as desigualdades entre homem e mulher, não mais se admite o bem reservado para a mulher casada.

O poder paternal, agora chamado de poder familiar, passou a ser exercido por ambos os pais, de comum acordo, podendo qualquer deles recorrer ao tribunal na falta de acordo sobre questões de particular importância (CC, 1631 e parágrafo).

A igualdade compreende, também, que se ponha de lado a preferência da mãe na guarda dos filhos menores (CC, 1584 e 1612).

No que toca ao direito de uso do nome de família, o novo Código trouxe profundas modificações. Doravante tanto a mulher poderá adotar os apelidos do marido, como o marido acrescer aos próprios o apelido da mulher, sem a menor preocupação do estabelecimento de um nome institucional da família (CC, 1565 § 1º).

De igual forma, os filhos tanto podem ostentar os apelidos só do pai ou só da mãe como podem ter os apelidos de um e outro.

5. Dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal

Muitas, nesta parte, foram as modificações introduzidas pelo novo Código. A primeira que merece ser destacada, embora não se encontre inserida no Livro do Direito de Família, nele repercute fortemente. Falo dos artigos 6º e 7º, que deram, à chamada morte presumida, efeitos não previstos no sistema anterior. No Código revogado, os efeitos dela decorrentes eram meramente patrimoniais, não implicavam extinção da personalidade (arts. 411 e 412).

Maior cautela deverá, agora, ser exigida na declaração da presunção de morte, tamanhas e tão graves as consequências dela advindas no plano familiar.

Imagine o leitor os problemas que surgirão com o eventual regresso de alguém que foi declarado morto. Pense na hipótese de ele encontrar sua mulher casada com outro. Nossa lei não oferece solução ao problema. Nós, no entanto, não poderemos nos furtar de resolvê-lo.

A solução que me parece mais correta é a adotada pelo direito argentino, qual seja, os novos vínculos preferem aos antigos. A questão, no entanto, não é fácil, tanto que encontra na doutrina estrangeira soluções das mais diversas.

Melhor estaria nosso legislador se houvesse traçado uma linha para a solução dos problemas que, certamente, advirão da amplitude dos efeitos que deu à chamada morte presumida. Ao omitir-se, permitiu que se instale no País, ao menos num primeiro momento, uma verdadeira loteria togada.

Essas novas disposições (arts. 6º e 7º), de qualquer forma, melhor se harmonizam com a Lei de Registros Públicos, que no seu artigo 88, já permitia a justificação judicial de morte, naqueles casos de grandes sinistros.

Outra alteração digna de nota é referente à separação por grave doença mental. Aqui tivemos um encurtamento do prazo para sua postulação, antes de cinco anos, agora de dois (CC, 1572 § 2º). Mantida, no entanto, injusta punição contra o cônjuge que, casado em comunhão universal de bens, requerer a separação (CC, 1572 § 3º). Falo apenas em regime de comunhão universal, porque nos demais a comunicabilidade não se aplica a bens remanescentes que o demandado trouxe ao casamento.

Na separação amigável, também tivemos um encurtamento de prazo. Para a homologação da separação por mútuo consentimento basta agora que o casamento tenha perdurado por mais de um ano, não dois, como era exigido no sistema anterior (CC, 1574).

No divórcio, mais inovações. De agora em diante, independentemente de sua modalidade, poderá o divórcio ser obtido sem que haja prévia partilha de bens (CC, 1581).

O afastamento da partilha como condicionante à obtenção do divórcio é medida que reflete posicionamento que já vinha se firmando na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais. Não havendo mesmo razão para impedir que o casal resolvesse sua situação pessoal em nome da prevalência de interesse financeiro.

Se, ao afastar a partilha como condicionante à obtenção do divórcio, o Código inovou para melhor; noutro, entendo ter retrocedido. Falo do § 2º do artigo 1572, que permitiu a manutenção do nome de casado após o divórcio. Melhor solução, sem dúvida, era a dada pelo artigo 25 da Lei 6515, de 1977, que só permitia a manutenção do nome de casada pela divorciada em situações excepcionais, quais sejam: evidente prejuízo na sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida; dano grave em decisão judicial.

6. A guarda e visita dos filhos

A guarda dos filhos de pais separados ou divorciados é matéria que volta a ser disciplinada pelo Código Civil (CC, 1583 a 1590). E como era mesmo de se esperar, manteve-se o legislador dentro da linha que já vinha sendo traçada pela jurisprudência.

A regra geral é que, decretada a separação ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (CC, 1584). Regra essa que, como as demais, também se aplicam aos casos de anulação de casamento e ruptura de união estável, em havendo filhos comuns do casal.

Quanto ao direito de visitas do pai ou da mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, o novo Código não apenas o mantém como também estimula o seu exercício (CC, 1589).

Lamento, apenas, não tenha o novo Código tratado do direito de visitas dos avós e outros parentes do menor, tão

necessárias à preservação dos respectivos laços de afetividade.

7. Alimentos

Alimentos continuam sendo devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho a própria manutenção e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (CC, 1695). A reciprocidade do direito também foi preservada no novo ordenamento (CC, 1696); da mesma forma, mantida foi a transmissibilidade da obrigação aos herdeiros do devedor (CC, 1700).

A irrenunciabilidade, outrora limitada aos alimentos decorrentes de parentesco, estende-se agora àqueles devidos em razão de casamento (CC, 1707). O que implica dizer que não mais poderão os cônjuges, por ocasião da separação, renunciar ao direito alimentar.

A inovação é desastrosa, sob todos os aspectos. Se, com a separação, desaparece o dever de mútua assistência e se as vontades dos ex-cônjuges manifestam-se livremente, não há aspecto de ordem pública a ser preservado na renúncia aos alimentos.

Mais questionável, inclusive sob o aspecto moral, o dispositivo que permite que, mesmo culpado o cônjuge pela separação, possa exigir alimentos do outro, se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho (CC, 1704 parágrafo único).

Os alimentos aqui referidos serão apenas os indispensáveis à subsistência do ex-cônjuge, quer dizer, de valor bastante inferior aos que seriam devidos em casos de ausência de culpa. Essa a orientação traçada pelos §§ 1º e 2º do artigo 1694 do Código Civil.

8. Relações de parentesco

No novo Código continua inexistindo limite para o parentesco em linha reta, seja ela ascendente ou descendente (CC, 1591). Na linha colateral, houve redução de dois graus, ou seja, parentesco agora só existe até o quarto grau (CC, 1592).

O vínculo de afinidade, por sua vez, passou também a abranger os companheiros (CC, 1595); mantidos os limites anteriores (ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro) e sua perpetuidade na linha reta, mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável (CC, 1595 §§ 1º e 2º).

9. Filiação

Adequou-se o novo Código ao ditame constitucional, não trazendo dispositivos diferenciadores da prole, em razão da sua origem ou impeditivos da pesquisa da paternidade ou maternidade verdadeira.

Passou, também, a disciplinar a chamada fertilização *in vitro* (homóloga e heteróloga), mesmo naquelas situações de fecundação após a morte do doador (CC, 1597 III, IV e V). Cabe aqui a observação de que o embrião poderá ser aninhado no útero de outra mulher, fato que faz surgir toda a problemática da maternidade de substituição, também chamada barriga de aluguel. Poderão ou não ser cobrados os serviços de aninhamento de embrião?

A maior parte da doutrina e a própria comunidade médica mostram-se contrárias a qualquer modalidade de pagamento para essa prestação de serviço. Há, no entanto, países como os Estados Unidos da América do Norte que não só admitem a remuneração do serviço, como a incentivam.

Não tendo nosso Código disciplinado a questão, cumprirá ao julgador resolvê-la.

A determinação da maternidade, nesses casos de barriga de aluguel, é outra questão aberta à celeuma. Pessoalmente, entendo que mãe será aquela que teve seu óvulo fecundado.

As ações negatórias de paternidade e também as de maternidade são agora imprescritíveis; mantido, no entanto, o caráter de ações personalíssimas (CC, 1601).

10. Direito sucessório dos cônjuges e companheiros

O novo Código inova, profundamente, a matéria relativa à sucessão do cônjuge ou companheiro. Sendo essa, certamente, a maior alteração feita no Livro do Direito das Sucessões.

Eles, que no sistema anterior estavam colocados em terceiro lugar na sucessão hereditária, passam agora a integrar as duas primeiras classes preferenciais, concorrendo com descendentes ou ascendentes do morto, se ao tempo da abertura da sucessão, dele não estavam separados judicialmente, nem de fato há mais de dois anos. Idêntica, no entanto, não é a situação de ambos, como adiante ficará demonstrado.

Ao cônjuge o legislador confere a qualidade de herdeiro necessário (CC, 1845), o que de pronto lhe assegura direito sobre a metade dos bens da herança, a chamada legítima, da qual só será afastado por indignidade ou por deserção (CC, 1846). Vedada a gravação de sua legítima com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, salvo se houver justa causa, declarada no testamento (CC, 1848).

Justamente na questão da deserção que cometeu a nova lei o seu maior erro, porquanto deixou de traçar hipóteses pelas quais poderia o cônjuge ser deserdado. Não sendo possível a utilização da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão fica sem qualquer possibilidade de solução.

Concorrendo o cônjuge com descendente, só herda se não era casado em comunhão universal de bens ou com separação obrigatória, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (CC, 1829 I). Admitida sua participação, terá direito a quinhão igual aos que sucederem por cabeça, não podendo sua cota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (CC, 1832).

Em concorrência com ascendente herda sem restrições quanto ao regime matrimonial de bens (CC, 1829 II). Recolherá um terço da herança quando o concurso se fizer com ascendente em primeiro grau; metade, se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (CC, 1837).

Na falta de descendente ou ascendente, a herança lhe será deferida por inteiro (CC, 1838).

O pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime é de que, havendo comunhão ilimitada, não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes.

Manteve, outrossim, o novo Código o direito real de habitação, estendendo-o a qualquer regime de bens (CC, 1831)

Ao companheiro ou companheira, o Código não conferiu a qualidade de herdeiro necessário e sua participação na sucessão do outro só se dá em relação aos bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável (CC, 1790).

Concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles; com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (CC 1790 I a IV).

Nesse concurso diferenciado, difícil será a partilha quando houver filhos comuns e não comuns do casal. Haveríamos de conjugar os incisos I e II do artigo 1790. Ocorre, entretanto, que os dispositivos são manifestamente incompatíveis, em vista da necessidade, inclusive constitucional, de se manter a igualdade de quinhões entre os filhos.

A única solução que, nesse caso, parece-me mais viável é dar prevalência à regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança entre todos.

Lamentável o silêncio do novo Código sobre o direito real de habitação do companheiro. Embora previsto na Lei 9.278, de 1996, poderá essa omissão levar à afirmação de ter sido ele implicitamente revogado pela lei nova.

Vê-se, portanto, que em matéria sucessória fica o companheiro bastante inferiorizado em comparação com o cônjuge, o que é, no mínimo, deplorável. Discutível, inclusive, a constitucionalidade da diferenciação feita pelo novo Código, em face do teor do artigo 226 da Carta Federal.

11. Cessão de direitos hereditários

Com o novo Código passou a herança a ser considerada indivisível até a partilha, regendo-se pelas normas do condomínio (CC, 1791). Justamente por isso foi dado aos herdeiros direito real de preferência em igualdade de condições, na cessão a estranho, com direito de adjudicação em até cento e oitenta dias após a transmissão (CC, 1794 e 1795).

Firma-se com isso, o que já vinha sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

12. Exclusão de herdeiro

Aqui também tivemos modificação. As hipóteses até então existentes foram ampliadas pelo novo Código para compreender também os atentados ao cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente do autor da herança (CC, 1814).

13. Fideicomisso

Continua o fideicomisso a permitir a substituição fideicomissária, embora agora restrito a casos de herdeiros ainda não concebidos ao tempo da morte do testador (CC, 1952).

Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário (CC, 1952 parágrafo único).

14. Palavras finais

São essas, caro leitor, algumas observações que entendi oportuno trazer nesta ocasião. Procurei expor pontos que me pareceram relevantes. Busquei elencar o prático, tão necessário hoje em dia. E havia muito mais de que falar. Mas receio estar falando tudo o que já se sabia.

Receba minhas palavras como as de alguém interessado em encontrar soluções válidas para a prestação de bons serviços judiciários, para o bem do povo e tranquilidade da consciência.

3.3.2 O *amicus curiae* como parte no processo civil e no processo coletivo



Gregório Assagra de Almeida



Flávia Vigatti Coelho de Almeida

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Flávia Vigatti Coelho de Almeida

Advogada e Especialista em Direito Processual pela Universidade Gama Filho.

O *amicus curiae*, que significa *amigo da corte* ou do *tribunal*, é instituto originário do direito anglo-americano. Apesar de a legislação brasileira não utilizar a expressão *amicus curiae*¹, sua introdução no direito brasileiro ocorreu com o advento da Lei nº 6.385.76 que, em seu art. 31, passou a impor a obrigatoriedade de intimação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para sua intervenção nos processos em que se discutam questões de sua competência.

Em tempos mais recentes, a Lei 9.868.99, que passou a disciplinar o processo e o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta declaratória de constitucionalidade perante o STF, veio a admitir expressamente a intervenção do *amicus curiae* no sistema do controle concentrado de constitucionalidade, conforme está previsto no seu art. 7º, § 2º.

Existem outras disposições legais que também admitem a intervenção do *amicus curiae*, sendo elas: o art. 89 da Lei 8.884.94, que prevê a intervenção em determinadas causas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); o art. 482, § 3º, do CPC, que dispõe que o relator, levando em consideração a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, em despacho irrecorrível, a intervenção de outros órgãos ou entidades no incidente de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou incidental nos tribunais.

No sistema brasileiro, o *amicus curiae* poderá intervir por provocação do juiz ou por requerimento próprio, diferentemente do direito anglo-americano, que prevê também a hipótese da intervenção do *amicus curiae* por consenso das partes.

Não obstante exista entendimento no sentido de que a figura do *amicus curiae* é espécie do gênero *intervenção de terceiros em sentido clássico*, observa-se que há posicionamento em sentido contrário. O principal argumento da tese contrária é o de que no sistema da intervenção de terceiros, cuja disciplina básica está no CPC nos arts. 50/80, o terceiro ingressa na relação jurídica processual em curso, passando a ser parte assistente ou até mesmo parte demandante ou demandado, isso conforme a espécie de intervenção de terceiros. O terceiro, do instituto da intervenção de terceiros, torna-se, com a sua intervenção, parte no processo, produzindo alguma forma de alteração subjetiva na relação jurídica processual. Já o *amicus curiae* não integra, com a sua intervenção, a relação jurídica processual, pois ele somente atua como um auxiliar técnico-jurídico do juiz, com função diversa, mas semelhante à função de um perito.

São esses os ensinamentos de Fredie Didier Junior³, que ainda aduz que a intervenção do *amicus curiae* consubstancia em um importante apoio técnico ao juiz, contribuindo, assim, para o aprimoramento da própria qualidade das decisões judiciais. Na sua qualidade de assistente técnico-jurídico do juiz ou do tribunal,

o *amicus curiae* não teria, diz Didier, em regra, legitimidade para recorrer das decisões proferidas nas causas em que intervir⁴.

A respeito, em trabalho de profundidade teórica sobre o tema, escreveu Cássio Scapinella Bueno:

“O grande traço distintivo dessa figura com aquelas catalogadas como de intervenção de terceiros, de acordo com o Código de Processo Civil (itens 5 e s. do Capítulo 6), é, fundamentalmente, mas não exclusivamente, a ausência de um ‘interesse jurídico’, entendido como aquele que decorre de uma específica relação jurídica-base entre dois ou pouco mais de dois indivíduos, que tem tudo para ser afetada, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, pela decisão (ou decisões) a ser (em) proferidas (s) em processo em que contêm outras pessoas”⁵.

É de se consignar que os art. 7º e 18 da Lei 9.868.99 proíbem a intervenção de terceiros no processo objetivo do controle concentrado de constitucionalidade pela ação direta declaratória de inconstitucionalidade e pela ação direta declaratória de constitucionalidade, não obstante a própria lei em questão admita a intervenção do *amicus curiae* (art. 7º, § 2º). Isso, por si só, seria motivo para distinguir a intervenção do *amicus curiae* das espécies clássicas de intervenção de terceiros previstas no CPC.

O STF vem, atualmente, flexibilizando, em suas decisões, a intervenção do *amicus curiae*, tanto que anteriormente não vinha admitindo a sustentação oral do *amicus curiae*, mas em decisão recente o mencionado tribunal alterou o seu posicionamento e passou a admitir a sustentação oral do *amicus curiae*. O principal argumento foi o de que a atuação do *amicus curiae* não poderia limitar-se à mera apresentação de memoriais, pois a ampliação de sua atuação contribuiria para a garantia da maior efetividade e legitimidade das suas decisões e ainda valorizaria a dimensão democrática dessa espécie de participação processual. Também, em decisão recente (ADPF 54 MC-DF, publicada no DJU do dia 02.08.04), o STF entendeu ser possível a intervenção do *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplicando, por analogia, o disposto no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99.

Destarte, existe hoje uma forte tendência no sentido de ampliar a intervenção do *amicus curiae*, o que abrangeria outras demandas de interesse público e social, como a ação civil pública, a ação popular etc. O próprio STJ admitiu a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na condição de *amicus curiae*, na ação civil pública, ocasião em que considerou que se tratava de atuação como singular assistente⁶. Essa tendência atende aos ditames de uma democracia pluralista, em que a interpretação jurídica deverá ser pluralista e aberta, o que também vai ao encontro do estatuído nos arts. 1º e 5º, XXXV, e § 2º, da CF.

A intervenção como auxiliar técnico-jurídico do juiz de entidades, órgãos e pessoas com domínio de conhecimentos técnicos e jurídicos específicos, fortaleceria, em muito, a atuação do Poder Judiciário nas demandas coletivas, especialmente nas mais complexas, como as que envolvem o ambiente, a ordem urbanística, a saúde pública, a segurança pública etc. Assim, considerando que a ação civil pública também visa à tutela de interesses gerais da coletividade, mesmo que no plano concreto, nada impediria, no nosso entendimento, a aplicabilidade, também por analogia, do disposto no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 na ação civil pública e até mesmo em outras ações coletivas.

Resta saber se o *amicus curiae* seria parte ou não no processo civil ou no processo coletivo. Entendemos que sim: ele assume a qualidade de parte porque participa do contraditório

contribuindo e influenciando na formação do provimento judicial. Para a doutrina mais atual, parte não é somente aquele que pede ou em face do qual é formulado o pedido, mas também todo aquele que participa do contraditório, com exceção do juiz que, por questões lógicas, tem que ser imparcial. No caso da figura do *amicus curiae*, a sua intervenção é fator de ampliação da própria legitimidade das decisões judiciais. Por outro lado, ele não é mero auxiliar técnico do juiz. É também auxiliar técnico-jurídico e, não fosse isso, não se subordina ao juiz, mas contribui para a formação do provimento jurisdicional. Daí a sua qualidade de parte. Por tais motivos, com respeito aos entendimentos em sentido contrário, entendemos que não há obstáculo em o *amicus curiae* recorrer, em sendo o caso de recurso, da decisão judicial que não venha a acatar sua opinião dentro do processo em que houve a sua intervenção.

Notas:

¹ Nesse sentido, BUENO, Cássio Scarpinella: "Não há, no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura do 'amicus curiae'. Não pelo menos com o emprego desse nome. O único ato normativo que dele se ocupa com essa denominação é o art. 23, § 1º, da Resolução n. 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, ao qual já fizemos menção anteriormente. Mesmo assim, são diversas as fontes que descrevem situações jurídicas que, para nós ao menos, só fazem sentido se forem identificadas como casos de 'amicus curiae' (...)". *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126.

² Prevê a Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

³ Recurso de terceiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157-65.

⁴ Recurso de terceiro, p. 185.

⁵ *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126.

⁶ REsp. 737073/RS / 2005/0049471-2, Relator Ministro Luiz Fux (1122), Órgão Julgador Primeira Turma. D.J. 06.12.2005. D.P. DJ 13.2.06, p. 700. Ementa: RECURSO ESPECIAL. ANTV. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO CADE COMO AMICUS CURIAE. INTERVENÇÃO DA UNIÃO COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento que desafiou decisão saneadora, verbis: "A competência deste juízo já foi firmada, oportunamente, com a intervenção do CADE na lide, autarquia federal, cuja presença, nos termos do arts. 109, I, da CF, atrai a competência da Justiça Federal." 2. É assente na Corte que inexistiu ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência. 4. In casu, a própria União confirmou sua atuação como assistente do Ministério Público Federal (fls. 561/565 e fl. 375), o que, à luz do art. 109, I, da Constituição Federal, torna inarredável a competência da Justiça Federal. 5. Por derradeiro, atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da Ação Civil Pública, inequívoca é a competência da Justiça Federal, consoante o entendimento deste Eg. STJ, verbis: "Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (simula 150/STJ)." (CC 40, 534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2004) 6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente secundum eventum litis. 7. Recurso especial desprovido

3.3.3 Notas sobre o reconhecimento do conceito moderno de família na Lei Maria da Penha

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)



Leonardo Barreto Moreira Alves

"Família é quem você escolhe pra viver
Família é quem você escolhe pra você
Não precisa ter conta sanguínea
É preciso ter sempre um pouco mais de
sintonia".
(O Rappa)

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, em que a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo ("o que Deus uniu o homem não pode separar") daí porque se proibia o divórcio

e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, parágrafo 3º) e da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: o **afeto**.

Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Não obstante a consolidação desse conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o seu reconhecimento expresse. Isso, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homossexuais (ou homoafetivas, termo mais apropriado para o cenário da atualidade), optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar além daquelas 3 (três) já previstas na Constituição Federal.

Ocorre que, muito recentemente, em 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo a tão esperada inovação no ordenamento jurídico nacional no seu artigo 5º, especialmente em seu inciso II e parágrafo único:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem

vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (destacou-se)

Note-se que o dispositivo *sub oculis* destaca que é considerada família não apenas a comunidade tida como tal pelo ordenamento jurídico (“comunidade formada por indivíduos que são aparentados”, ou seja, “unidos por laços naturais” e, “por afinidade”), mas também aquela na qual os seus componentes “se consideram aparentados”, ou, em outras palavras, são “unidos por vontade expressa”. Dessa forma, pode-se afirmar que a presente norma consagra, pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.

Por conta disso, é permitido concluir que esse conceito legal acaba por expressamente reconhecer, no mundo jurídico, a união homossexual (ou homoafetiva). Essa conclusão implica a perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar essa matéria, pois, na verdade, já há lei tratando expressamente dela. Ademais, afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula n. 380 do STF, visto que as uniões homoafetivas não são sociedades de fato e sim entidades familiares, motivo pelo qual sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.

Referências Bibliográficas:

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A constitucionalização do direito de família*. In: JusNavegandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>; acesso em 04-01-2003.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Manual de Direitos das Famílias*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. In: JusNavegandi, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>, acesso em 27 out. 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In: Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>; acesso em 04-01-2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: JusNavegandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002, disponível em <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>, acesso em 27 out. 2006.
- MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.4.1 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito econômico dos contratos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

Marcelo de Oliveira Milagres, professor de direito civil da Faculdade de Direito Milton Campos, publicou a obra *Direito Econômico dos Contratos*, valendo-se da sua experiência no magistério e o trabalho como promotor de Justiça, ex-Procurador do Banco Central do Brasil e ex-Assessor da Procuradoria da República em Minas Gerais.

Segundo a apresentação de Silma Mendes Berti, professora de Direito Civil da UFMG, a literatura jurídica já conta com valiosas obras clássicas e modernas, sobre os contratos, notadamente voltadas para as reflexões envolvendo o alcance do conteúdo do direito das obrigações.

Na exposição da matéria compreendida em sua obra *DIREITO ECONÔMICO DOS CONTRATOS*, quis, seu autor, o Professor Marcelo de Oliveira Milagres apresentar, numa perspectiva singular, noções extremamente significativas do papel dos contratos como instrumento de política econômica. E fê-lo bem. Trouxe à reflexão novos

horizontes consagrados, sem, contudo, abandonar posições tradicionais.

Valendo-se de composição trinitária, o autor toma como ponto de partida do seu trabalho o caráter concreto das normas do Direito Econômico, com enfoque na análise econômica do Direito. Examina o contrato como instrumento de política econômica para, então, aprofundar-se em sua instigante função social. Trata das formas de realizações do contrato como instrumento de política econômica, ressaltando o papel dos entes de regulação, com enfoque no controle administrativo, no controle pelo poder econômico privado e no controle jurisdicional, sobrelevando as atribuições do Ministério Público.

A obra, leitura indispensável, tem o prefácio do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, titular da Universidade Federal de Minas Gerais.

B) Artigos

3.3.4.2 NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado**. In Revista de Direito Privado, nº 17, jan./mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 65-70.

A consagrada autora traz algumas notas acerca do princípio da solidariedade e sua aplicação às relações jurídicas permeadas pelo Direito Civil contemporâneo.

Segundo escreve Rosa Nery,

É no *princípio da solidariedade* que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático do que seja

funcionalização dos direitos e para a compreensão do que pode ser considerado *parificação* e *pacificação social*. (p. 70).

O artigo, ainda, comenta a evolução do ideário da solidariedade desde os primórdios, bem como faz uma abordagem do paradoxo da proteção pessoal dos membros de determinado grupo em detrimento dos interesses dos outros, relacionando tal análise às diversas áreas do Direito Civil.

3.3.5 Jurisprudências da área

3.3.5.1 TJMG, 2ª Turma. *Penhora on line*

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA ON LINE - VALOR LIMITADO AO CRÉDITO EXECUTADO - POSSIBILIDADE - SIGILO BANCÁRIO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO - ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 - ART. 655 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A penhora on line é um sistema inovador utilizado pelo Poder Judiciário, com apoio no art. 655 do CPC, que dá preferência à penhora em dinheiro, para viabilizar de forma mais célere a garantia da execução, permitindo aos juízes, através de

solicitação eletrônica, bloquearem instantaneamente as contas correntes do executado. Contudo, a referida medida deverá ser utilizada de forma proporcional, de maneira que não poderá causar qualquer instabilidade à empresa executada, impedindo o seu funcionamento ou, muito menos, extrapolar os limites da dívida executada. Provento parcial. (TJMG, 1ª Câmara Cível, 1.0518.04.070303-6/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 21.02.2006, DJ 17.03.2006).

3.3.5.2 STJ, 1ª Turma. Não-aplicação da limitação prevista no § 2º do art. 475 do CPC em sede de mandado de segurança. Sujeição ao duplo grau de jurisdição

EMENTA: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC, COM A REDAÇÃO DA LEI 10.352/01. 1. As alterações promovidas no art. 475 do CPC pela Lei 10.352/01, têm aplicação imediata, alcançando os processos em curso. 2. A exceção imposta pelo § 2º do art. 475, quanto ao cabimento do reexame necessário, aplica-se às sentenças em mandado de segurança. 3. O parâmetro adotado, no citado parágrafo, para definir as hipóteses de não cabimento do reexame necessário

não foi o valor da causa, mas o valor da condenação ou do direito controvertido, que há de ser (a) certo e (b) não excedente a sessenta salários mínimos. Trata-se de critério de natureza essencialmente econômica, não suscetível de ser aplicado às causas fundadas em direitos de outra natureza. Ademais, a aferição dos seus pressupostos é feita, não pelos elementos econômicos da demanda, e sim pelos que decorrem da sentença que a julga. 4. Recurso especial provido. (STJ, 1ª Turma, REsp 625219 / SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 14.09.2004, DJ 29.11.2004, p. 249).

3.3.5.3 STJ, 2ª Turma. Impossibilidade do uso de reconvenção em sede de ação popular

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. RECONVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. AFERIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. 1. A ação popular é um dos mais antigos meios constitucionais de participação do cidadão nos negócios públicos, na defesa da sociedade e dos relevantes valores a que foi destinada. Admitir o uso da reconvenção produziria efeito inibitório do manejo desse importante instrumento de cidadania, o que o constituinte procurou arredar, quando isentou o autor das custas processuais e do ônus da sucumbência. 2. O instituto da reconvenção exige, como pressuposto de cabimento, a conexão entre a causa deduzida em juízo e a pretensão contraposta pelo réu. A conexão de causas, por sua vez, dá-se por coincidência de objeto ou causa de pedir. 3. Na hipótese, existe clara diversidade entre a ação popular e a reconvenção. Enquanto a primeira objetiva a anulação de ato administrativo e tem como causa de pedir a suposta lesividade ao patrimônio público, a

segunda visa à indenização por danos morais e tem como fundamento o exercício abusivo do direito à ação popular. 4. O pedido reconvenicional pressupõe que as partes estejam litigando sobre situações jurídicas que lhes são próprias. Na ação popular, o autor não ostenta posição jurídica própria, nem titulariza o direito discutido na ação, que é de natureza indisponível. Defende-se, em verdade, interesses pertencentes a toda sociedade. É de se aplicar, assim, o parágrafo único do art. 315 do CPC, que não permite ao réu, "em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem". 5. A discussão a respeito da suposta má-fé do autor popular ao propor a demanda sem um mínimo de provas aceitáveis resvala no óbice da Súmula n.º 07/STJ, que impede o reexame, na via especial, do suporte fático-probatório que fundamenta a decisão recorrida. 6. Recurso especial improvido. (STJ, 2ª Turma, REsp 72065 / RS, Rel. Ministro Castro Meira, j. 03/08/2004, DJ 06.09.2004 p. 185).

3.3.5.4 TJRS, 7ª Câmara Cível. Interdição de incapaz por intermédio de requerimento de pessoa não-parente do interditando. Impossibilidade. Atribuição legal do Ministério Público prevista no art. 1769 do CC/2002

EMENTA: INTERDIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PEDIDO FORMULADO POR PESSOA QUE NÃO É PARENTE DA INTERDITANDA. CARÊNCIA DE AÇÃO. Se a interditanda apresenta deficiência mental incapacitante e não possui parentes conhecidos, estando sob os cuidados de pessoa que não é parente, deve esta buscar o amparo do

Ministério Público, pois não tem legitimidade para propor a ação. Inteligência do art. 1.768 do CCB. Recurso provido. (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70010231173, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 15.12.2004).

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 A inimizabilidade dos doentes mentais por desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Emiliana Fernandes Almeida de Menezes

Advogada em São Paulo



Emiliana Fernandes Almeida de Menezes

A culpabilidade deriva de culpa ou de culpado, significando que uma pessoa é responsável por algo que fez, ou seja, tem a obrigação de responder pelos atos que produziu. Esse resultado só pode ser atribuído a pessoa que realmente a ele deu causa.

Observa-se que só haverá culpabilidade se o sujeito, de acordo com sua condição psíquica, podia ter consciência e vontade de acordo com o direito: imputabilidade. Se estava em condições de compreender a ilicitude de sua conduta, possibilidade de conhecimento da ilicitude. Se era possível exigir conduta diferente daquela do agente, exigibilidade de conduta diversa. São esses os elementos da culpabilidade para Mirabete (2000, p.198): a imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A inimizabilidade é denominada ausência de culpabilidade, ou seja, uma conduta típica e ilícita não é culpável de acordo com as condições pessoais do sujeito ativo do delito, como por exemplo, os doentes mentais, os sujeitos que possuem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que são incapazes de compreender e discernir a situação delituosa.

Nesses casos o sujeito não tem a total capacidade de entendimento do caráter ilícito, que pode ocorrer no momento da ação ou omissão do ato delituoso praticado, sendo incapaz de compreender o que está acontecendo, ou seja, não possui discernimento do que está se passando, tendo sua capacidade de

compreensão diminuída de acordo com suas anomalias.

Essas anomalias mentais deverão ser comprovadas por meio de perícia médico-legal, que será instaurada através do incidente de insanidade mental (descrito nos arts.149 a154 do CPP) que é o processo que irá demonstrar a incapacidade de compreensão e discernimento do caráter ilícito de suas atitudes. Poderá então, ser reconhecida a inimizabilidade e não será esse indivíduo condenado e sim aplicado a ele a medida de segurança.

No caso de aplicação de medida de segurança – é o que se denomina de absolvição imprópria – não haverá condenação à pena do delito praticado por um criminoso comum, mas sim a de tratamento psiquiátrico como a internação em manicômios judiciários ou locais adequados ao tratamento deste doente de deficiência mental.

No direito penal, a inimizabilidade está ligada a outras ciências como a psiquiatria e a psicologia e que, nesse caso, denomina psicopatologia forense que é um ramo da medicina que estuda a incapacidade dos sujeitos na compreensão e discernimento do caráter ilícito de suas atitudes, visando verificar o grau de anomalia mental que faz com que o indivíduo seja incapaz, demonstrando assim que o direito está ligado a outras várias ciências.

Conclui-se que o instituto de exclusão da culpabilidade através da inimizabilidade dos doentes mentais por desenvolvimento mental incompleto ou retardado demonstra a consciência do legislador em aplicar medida de maneira apropriada aos doentes mentais e os possuidores de capacidade diminuída, demonstrando que as leis são feitas para todos os seres humanos independentemente de suas capacidades.

Referência bibliográfica

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

3.4.2 Infração bagatelar imprópria



Luiz Flávio Gomes

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais – www.lfg.com.br)

A doutrina e a jurisprudência brasileiras já conhecem e aplicam o princípio da insignificância, que está coligado com a infração bagatelar própria. Mas até agora não sabemos de nenhuma incidência concreta do princípio da irrelevância penal do fato, que se coliga com a infração bagatelar imprópria. Impõe-se dominar todos os conceitos que acabam de ser expostos para que a aplicação do Direito penal não seja equivocada.

Infração bagatelar ou delito de bagatela expressa o fato insignificante, de ninharia ou, em outras palavras, de uma conduta ou, de outro lado, de um ataque ao bem jurídico que não requer (ou não necessita) a intervenção penal.

A infração bagatelar deve ser compreendida sob dupla dimensão: (a) infração bagatelar própria; (b) infração bagatelar imprópria. Própria é a que já nasce sem nenhuma relevância penal, ou porque não há desvalor da ação (não há periculosidade na conduta, isto é, idoneidade ofensiva relevante) ou porque não há o desvalor do resultado (não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico). Como se vê, há insignificância da conduta ou do resultado. Quem furta uma cebola de outra pessoa, v.g., pratica um fato insignificante em sentido próprio. O fato já nasce insignificante.

Para todas as situações de infração bagatelar própria o princípio a ser aplicado é o da insignificância (que tem o efeito de excluir a tipicidade penal, ou seja, mais precisamente, a tipicidade material). Assim, se estamos diante de uma infração bagatelar própria não há que se perquirir o *animus* do agente, seus antecedentes, sua vida pregressa etc. O fato é atípico e não incide o Direito penal.

Para o reconhecimento da insignificância e, em consequência, da infração bagatelar própria, de outro lado, é muito importante a análise de cada caso concreto, da vítima concreta, das circunstâncias etc..

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há relevante desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). Sintetizando: o princípio da insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da irrelevância penal do fato está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência.

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: infimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter

ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjuntamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor

O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária.

Em outras palavras: as circunstâncias do fato assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria cometida por um autor merecedor do reconhecimento da desnecessidade da pena. Reunidos vários requisitos favoráveis, não há como deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, tal como se faz no perdão judicial). O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade).

Do exposto infere-se: infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria = princípio da irrelevância penal do fato. Não há confundir-se a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico – falta tipicidade material) com a infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito penal). A primeira é puramente objetiva. A segunda está dotada de uma certa subjetivização, porque são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc.

No direito legislado já contamos com vários exemplos de infração bagatelar imprópria: no crime de peculato culposos, v.g., a reparação dos danos antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade. Isto é, a infração torna-se bagatelar (em sentido impróprio) e a pena desnecessária. No princípio havia desvalor da ação e do resultado. Mas depois, em razão da reparação dos danos (circunstância *postfactum*), torna-se desnecessária a pena. Essa mesma lógica é válida para as situações de perdão judicial, para o pagamento do tributo nos crimes tributários etc. São situações em que a pena se torna desnecessária. Do mesmo modo, também explica os casos dos colaboradores da justiça (delator etc.) quando o juiz deixa de aplicar a pena.

3.4.3 Furtos de pequeno valor e juizado especial

André Luís Alves de Melo

Promotor de Justiça em Estrela do Sul (MG)

Os furtos de pequeno valor deveriam ser considerados pela Promotoria e pela Polícia desde o início, momento em que poderiam ser remetidos para o juizado especial, pois a pena máxima abstrata de quatro anos prevista para o furto, pode ser reduzida em 2/3 quando o valor de mercado do objeto furtado for de pequeno valor.

Nesse caso é importante que se explique que deve ser parâmetro o valor de mercado e não o valor que, eventualmente, foi vendido pelo autor do fato.

A redução deve ser aplicada ao máximo de 2/3, pois em geral não há passagens criminais anteriores.

Um processo criminal custa aproximadamente R\$ 3000,00 reais em valor agregado para o Estado, não faz sentido usar essa via complexa para uma questão simples.

Também é preciso analisar questões subjetivas como ser um delito isolado na vida da pessoa ou não ter essa tendência de furtar.

Deve-se ainda verificar se a eventual ameaça ou pequena agressão física foram realmente relevantes para o fato ou eram apenas meio de defesa para tentar sair do local do crime.

Segurança pública é responsabilidade de todos e não apenas do Estado. Isso está na Constituição. Portanto, cabe aos estabelecimentos comerciais providenciarem mecanismos para evitar pequenos delitos, como: uso de códigos de barras, servidores, etiquetas eletrônicas e câmeras de filmar.

Por pequeno valor de objeto subtraído, entendo que até

10% do salário mínimo é de pequeno valor indubitavelmente, mas já apliquei o entendimento até R\$ 100,00 em alguns casos.

Mas sem dúvida seria ideal que o princípio da insignificância e o termo pequeno valor tivessem parâmetros definidos em lei, para facilitar a sua aplicação.

Portanto, quatro anos reduzidos a dois terços implica 1,7 ano, ou seja, inferior a dois anos, logo é atribuição do Juizado Especial.

Um aspecto paralelo é a possibilidade de se obterem transações penais por mais de uma vez no período de cinco anos, quando as penas máximas abstratas dos delitos cometidos somados não ultrapassarem a dois anos. Como no caso de se cometer uma contravenção de perturbação de tranquilidade em 2004; uma importunação ofensiva ao pudor em 2005 e outra contravenção em 2006, somadas não ultrapassam a dois anos. Logo, é possível fazer transação penal, mas o ideal é que a transação seja feita com dosimetria e agravada um pouco a cada nova oportunidade.

O arrependimento posterior também é uma causa de diminuição de pena que pode ser aplicada na fase do TCO e permitir a remessa do fato para o Juizado Especial.

Em geral obtém-se no Juizado Especial o mesmo resultado que se teria com um demorado processo criminal. É puro preconceito alegar que o Juizado é ineficiente, pois o índice de reincidência em transações é praticamente zero.

Infelizmente querem dar tiro de canhão para matar mosquito. É um absurdo alguns exageros. Precisamos mais

3.4.4 A investigação criminal direta pelo Ministério Público: análise da sua constitucionalidade e legitimidade

Diêgo Candian Alves

*Acadêmico em Direito da Universidade Federal de Viçosa,
Estagiário do Ministério Público, – Promotoria de Justiça
Criminal da Comarca de Ponte Nova (MG)*



Diêgo Candian Alves

A presente resenha tem por escopo trazer à tona uma problemática bastante polêmica nos dias atuais, qual seja: será a Polícia Judiciária o único órgão legitimado para proceder à investigação criminal? E quando ocorrerem crimes que tenham alcançado pessoas de grande influência política, econômica e jurídica, não poderia o *Parquet* exercer tal investigação, em prol do Estado Constitucional Democrático de Direito?

A investigação criminal direta pelo Ministério Público tem sido discutida nos Tribunais pátrios por meio dos *writs* constitucionais como o Mandado de Segurança e *Habeas Corpus*, aguardando, inclusive, decisão final do Supremo Tribunal Federal acerca da sua constitucionalidade.

É cediço que o crime evoluiu, organizou-se, podendo existir em todas as atividades humanas, públicas ou privadas.

Transformou-se, assumindo novas modalidades, de forma que a corrupção e o tráfico de influências são evidentes. Nessa conjuntura de evolução, percebe-se que o sistema criminal ficou paralisado no tempo e no espaço, valendo-se de modelos investigativos arcaicos, tendo como respaldo um Código de Processo Penal desatualizado, diante de uma criminalidade cada vez mais complexa.

Entretanto, a Carta Magna de 1988 concedeu ao Ministério Público funções institucionais e imprescindíveis ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. Nesse contexto é que o *Parquet* passou a desenvolver um modo de investigação muito mais eficiente, vez que tem apoio de outros segmentos do aparelho estatal, como o Banco Central, bem como de outros Ministérios Públicos alienígenas, como o *Parquet* suíço.

Ao considerar o Ministério Público como uma Instituição permanente, a Carta Política de 1988 atribuiu-lhe a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses

sociais e individuais indisponíveis. Assim, como uma Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, ampliou-lhe a CF/88 as funções, transformando o Ministério Público em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto na seara penal (em que possui a titularidade da ação penal pública) como nas demais áreas do Direito, no qual atua como fiscal dos Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, tendo ainda a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

Por meio da teoria dos poderes implícitos, é possível vislumbrar que o constituinte concedeu ao *Parquet* a prerrogativa de investigar crimes. Segundo a aludida teoria, se o legislador outorgou a determinado agente público uma tarefa, deve fornecer-lhe os meios apropriados à realização desse trabalho. Essa teoria surgiu nos Estados Unidos e é adotada nas cortes norte-americanas. Para Zani Tobias (2004, p.23), “na verdade, o que o juiz americano Hugo Black propôs é que tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição”.

Por ser o órgão Ministerial entidade pública, é perfeitamente cabível a teoria dos poderes implícitos, mais precisamente nas suas funções institucionais penais previstas na CF/88.

O artigo 129, inciso I, reza que é função do Ministério Público, entre outras, “promover privativamente a ação penal pública”.

Se o MP tem a prerrogativa de promover a ação penal pública, bem como o ônus de provar os fatos narrados na peça exordial, pode e deve, em nome do princípio da verdade processual, colher direta e pessoalmente as provas necessárias para a propositura da mesma ação.

Para evitar quaisquer tipos de privilégios a pessoas influentes, o Ministério Público, ao investigar crimes, estará agindo com imparcialidade, sem haver qualquer risco de corrupção, tendo em vista que o princípio constitucional da irredutibilidade de subsídios impede que venha o membro do MP receber proveitos econômicos em troca da liberdade de poderosos.

Além disso, o Princípio da Independência Funcional que goza o representante do *Parquet* não o subordina, funcionalmente, a qualquer autoridade, devendo, pois, ele prestar contas à lei e à sua consciência. O poder investigatório do Ministério Público não fere o princípio da igualdade das partes, uma vez que as provas recolhidas por ele, de forma impessoal, poderão ser utilizadas pelo investigado, em prol de sua defesa.

Outra função ministerial encontra-se prevista no artigo 129, VI, da CF/88, para “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los na forma da lei complementar respectiva”.

Diante de uma interpretação extensiva, chega-se à conclusão de que tal procedimento investigativo abarca tanto a seara cível (mais precisamente quanto ao inquérito civil) como a penal. Essas notificações e os documentos requisitados servem justamente para instruir procedimento administrativo investigatório.

Outra função inovadora prevista na Carta Política de 1988 está prevista em seu art.129 VII: “exercer o controle externo da atividade policial na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”. No que tange a tal mister, ensina-nos Afrânio Silva Jardim (2003, p.326) que “o controle da atividade de polícia judiciária ora tratado não pressupõe qualquer vinculação

hierárquica entre a autoridade policial e os Promotores de Justiça ou Procuradores da República. A vinculação aqui é meramente funcional ou processual”.

Essa atribuição não cuida de controlar internamente os servidores policiais, mas sim de fiscalizar a atividade fim da polícia judiciária, ou seja, a investigação criminal. O Estatuto do Ministério Público da União, Lei Complementar 75/93, estabelece em seu artigo 9º, inciso II, que “pode o MP ter acesso a qualquer documento relativo à atividade fim policial”.

Tem ainda o Ministério Público, nos termos do art. 129, VIII da CF/88, a atribuição de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Se pode o MP requisitar, por que não poderia realizar as diligências pessoalmente? Em nome da verdade real, se o *Parquet* pode requisitar diligências (dar uma ordem, segundo a qual a autoridade policial não pode se furtar de cumpri-la) não há óbice legal que o impeça de as realizar diretamente.

Reza também o art. 129, inciso IX da CF/88: “exercer outras funções que lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. A investigação de delitos é perfeitamente compatível com sua finalidade, qual seja, a instauração da ação penal.

Outrossim, há dispositivos infraconstitucionais que possibilitam ao órgão Ministerial desempenhar atividades administrativas investigatórias. Cite-se a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Federal nº 8625/93, art. 26; a Lei Complementar nº 75/93, art. 7º; o art. 201, VII da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 74, VI da Lei 10741/03 (Estatuto do Idoso) que estabelecem textualmente competir ao *Parquet* instaurar sindicâncias para apurar ilícitos penais, bem como os artigos 356, §2º do Código Eleitoral e 29 da Lei nº 7492/96, que dispõem expressamente sobre a investigação criminal direta do Ministério Público.

Urge salientar que o art. 4º do CPP prevê a universalidade das investigações criminais, de forma que a apuração de infrações penais pode ser levada a cabo por outras entidades públicas. Cite-se: as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); Receita Federal; Banco Central; Poder Judiciário etc.

Não há razão para retirar justamente do titular da ação penal pública, do maior interessado no sucesso da persecução criminal, o dever de colher elementos probatórios para firmar sua convicção. Para corroborar esse raciocínio, ensina o professor Mirabete (1994, p. 36), interpretando aludido artigo, que “tem o Ministério Público legitimidade para proceder a investigações e diligências conforme determinarem suas leis orgânicas estaduais”.

A atividade investigativa não é exclusiva da Polícia Judiciária. Os doutrinadores contrários à investigação direta desempenhada pelo *Parquet* interpretam literalmente o artigo 144 § 1º, IV, que estabelece a “exclusividade” da polícia federal em proceder atividades de polícia judiciária da União. Ora, *data venia*, tal assertiva não deve prosperar. O termo “exclusivo” previsto no referido artigo não tem o condão de atribuir exclusividade à polícia de proceder a investigações criminais. Não. O termo mencionado seria apenas uma forma de impedir o desvio da atuação da polícia civil dos Estados ao interferir na esfera federal. A Carta Magna de 1988 confere exclusividade à Polícia Federal em investigar crimes da competência da União, de modo que tal mister não competirá à polícia civil estadual.