

MPMG

jurídico

Ano IV - N.º 16
abril, maio e junho - 2009
ISSN 1809-8673

Mala Direta
Postal

9912234147/2009 - DRUMG
PGJ

...CORREIOS...

Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Matéria Especial

Controle Abstrato de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias

Luciano Coelho Ávila

Entrevistas

Luiz Manoel Gomes Júnior

Faiçal David Freire Chequer

Público Constitucional, Administrativo e Institucional

Coletivo Material e Processual

Civil Material e Processual

Penal Material e Processual

Informações Variadas

Disseminare

16

MIPMG

Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Ano IV - N.º 16
abril/maio/junho - 2009

ISSN 1809-8673

Circulação Nacional e Internacional

cef

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Corregedor-Geral

Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Caçado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

Secretário-Geral

Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

Chefe-de-Gabinete

Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP

Promotor de Justiça Flávio Alexandre Correa Maciel

Diretor-Geral

Fernando Antônio Faria Abreu

Coordenação Editorial

Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento

Fernando Soares Miranda

Diretoria de Produção Editorial

Alessandra Souza Santos

Revisão

Daniela Paula Alves Pena

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

Redação

Samuel Alvarenga Gonçalves

Projeto Gráfico

Marcia Odete Corrêa da Silva

Diagramação

João Paulo de Carvalho Gavidia

Marcia Odete Corrêa da Silva

Os artigos e textos publicados neste boletim são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não representam, necessariamente, a posição ou ideologia do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.





Editado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Av. Álvares Cabral, 1740, 1º andar, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte – MG, CEP: 30170 – 916

Fones: (31) 3330-8299 e (31) 3330-8182 / E-mail: mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	8
II APRESENTAÇÃO	9
III CONVITE DO COORDENAÇÃO EDITORIAL	9
1. MATÉRIA ESPECIAL	10
1.1 Controle Abstrato de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – A anunciada revisão de jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público (ADI) no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos	10
Luciano Coelho Ávila	
2. ENTREVISTA	14
2.1 Luiz Manoel Gomes Júnior	14
2.2 Faizal David Freire Chequer	19
3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	22
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	22
3.1.1 Organização das eleições: a principal função da Justiça Eleitoral no Brasil	22
Hygor Lucas Marques Santana	
3.1.2 Os ataques ao Ministério Público e a necessária Representatividade Política da Instituição	26
Rodrigo Alves Barcellos	
Sérgio Soares da Silveira	
3.1.3 A atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no combate aos crimes praticados por agentes políticos municipais	28
Normélia Miranda	
3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	33
A) Obras Doutrinárias	33
3.1.4.1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Orgs.). Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo, e desenvolvimento em países periféricos.	33
B) Artigos	34
3.1.4.2 GONTIJO, André Pires; SILVA, Christiane Oliveira Peter. O papel do amicus curiae no processo constitucional: a comparação com o decision-making como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.	34
3.1.5 Jurisprudência da área	34
3.1.5.1 TJMG, 4ª Câmara Cível. <i>Delegação de Serviço Público. Transporte Coletivo. Ausência de Licitação. Equilíbrio econômico-financeiro</i>	34
3.1.5.2 TJMG, 1ª Câmara Cível. <i>Disponibilidade de recursos financeiros do ente federado em banco privado</i>	35



3.1.5.3 TJMG, 5ª Câmara Cível. <i>Improbidade administrativa. A lesão a princípios administrativos previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário</i>	35
3.1.5.4 STF, Pleno. <i>Transmissão e gravação de depoimento em CPI. Direito à privacidade</i>	35
3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL	 36
3.2.1 Decreto nº 6.640/2008: Patrimônio Espeleológico Brasileiro sob ameaça Marcos Paulo de Souza Miranda	36
3.2.2 Monumento natural: bases jurídicas gerais e forma de criação Luciano José Alvarenga	37
3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	39
<i>A) Obras Doutrinárias</i>	39
3.2.3.1 FREITAS, Gilberto Passos de. (Org.). A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria ambiental – Tomo II.	39
<i>B) Artigos</i>	39
3.2.3.2 CARVALHO, Patrícia Luciane de. O direito da propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade nacional.	39
3.2.4 Jurisprudência da área	39
3.2.4.1 TJMG, 6ª Câmara Cível. <i>Descumprimento de obrigação de fazer fixada judicialmente. Aplicação de multa diretamente em face do agente público</i>	39
3.2.4.2 STJ, 1ª Turma. <i>Promoção pessoal. Utilização de frases de campanha eleitoral no exercício do mandato. Improbidade administrativa.</i>	40
3.2.4.3 TJMG, 5ª Câmara Cível. <i>Defesa do meio ambiente. Celebração de termo de ajustamento de conduta. Falta de interesse de agir na interposição de eventual recurso no bojo de ação civil pública pela empresa celebrante</i>	41
3.2.4.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. <i>No microssistema de tutela ambiental, em virtude dos princípios da precaução e preservação, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais</i>	41
3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL	 42
3.3.1 A boa-fé e sua aplicação Matheus Campolina Moreira	42
3.3.2 Cross examination: leitura cruzada do novo artigo 212 do CPP para o Processo Civil Eduardo Cambi	45
3.3.3 Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo e isonomia processual Marina Dehon de Lima	47

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	48
<i>A) Obras Doutrinárias</i>	48
3.3.4.1 CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo Mourão e GIANNICO, Ana Paula C. Temas Atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin.	48
<i>B) Artigos</i>	48
3.3.4.2 CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais.	48
3.3.5 Jurisprudências da área	49
3.3.5.1 TJMG, 17ª Câmara Cível. <i>A falta de habilitação do motorista envolvido em acidente de trânsito não gera presunção de culpa, por si só, capaz de configurar a sua responsabilidade civil.</i>	49
3.3.5.2 TJRS, 7ª Câmara Cível. <i>Ação investigatória de paternidade. Coisa julgada.</i>	49
3.3.5.3 TJMG, 4ª Câmara Cível. <i>Separação judicial. Lei Maria da Penha. Competência.</i>	49
3.3.5.4 TJRS, 7ª Câmara Cível. <i>Síndrome da alienação parental.</i>	49
3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL	50
3.4.1 O não comparecimento do autor do fato na audiência preliminar prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95: o desafio de conciliar sem desmoralizar a Justiça	50
Mário Antônio Conceição	
3.4.2 Robert Merton e a criminalidade de colarinho branco: formulando uma hipótese de compatibilidade	53
Eduardo Luiz Santos Cabette	
3.4.3 Consumo e tráfico de drogas: proporção e alteridade	54
Cíntia de Campos Mendes	
3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	57
<i>A) Obras Doutrinárias</i>	57
3.4.4.1 D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (Orgs.). Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.	57
<i>B) Artigos</i>	58
3.4.4.2 JESUS, Damásio de. Stalking.	58
3.4.5 Jurisprudência da área	58
3.4.5.1 TJMG, 3ª Câmara Criminal. <i>Interdição administrativa de cadeia pública. Instalações inadequadas</i>	58
3.4.5.2 STJ, 6ª Turma. <i>Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Necessidade de perícia</i>	59
3.4.5.3 STJ, 5ª Turma. <i>Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Dispensabilidade de perícia</i>	60



3.4.5.4 TJMG, 4ª Câmara Criminal. Regime semi-aberto. Ausência de vagas. Pedido de transferência para prisão domiciliar. Indeferimento	60
3.4.5.5 STJ, 5ª Turma. Regime semi-aberto. Ausência de vagas. Pedido de transferência para prisão domiciliar. Deferimento	61
4. INFORMAÇÕES VARIADAS	62
4.1 SOCIEDADE EM DEBATE	62
4.1.1 A Violência nos Espaços Escolares. Entre a Identidade e o Desenraizamento, pontos para uma reflexão Rosângelo Rodrigues de Miranda	62
4.2 ESTUDOS EM CRIMINOLOGIA	63
4.2.1 Criminologia e Psicanálise: breves considerações sobre a visão de Jacques Lacan Lélio Braga Calhau	63
4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO	65
4.3.1 A legalidade da investigação criminal por parte do Ministério Público Camila de Cássia Braga	65
4.4 ANÁLISE CRÍTICA	67
4.4.1 Toque de recolher América Sueli Ferreira da Silva	67
4.5 TÉCNICA PROCESSUAL	68
4.5.1 Defensoria Pública – Indivisibilidade e Impessoalidade Roberto Atílio Jávare	68
4.6. DIREITO EM FOCO	69
4.6.1 Aviso prévio indenizado: regime tributário e o princípio da reserva legal Dalmiro Camanducaia	69
4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	71
4.7.1 O regime jurídico da Fisioterapia Aquática e o sistema musculoesquelético Diva Braga Rafaela Paoliello Sossai e Lemos Luciano Braga Lemos Luciana Rambalducci Martins Simmer	71
4.7.2 Indicação de obra de outra área	73

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Alceu José Torres Marques

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Caros(as) Amigos(as),

Com satisfação, dirijo-me a todos vocês para externar a minha felicidade e alegria em poder entregar mais um exemplar do MPMG Jurídico.

Desde que assumimos a direção do Ministério Público mineiro, tenho percebido que a chave para uma condução firme e justa da nossa Instituição passa inevitavelmente pela via do diálogo.

Um diálogo franco, verdadeiro e amigo sempre nos pareceu o melhor caminho para superarmos os desafios que são impostos especialmente às instituições que, assim como o Ministério Público brasileiro, buscam todos os dias consolidar o estado de cidadania e efetivação do ser humano, conforme assentado no prelúdio da rubrica constitucional de 1988.

Por isso, temos procurado fazer com que o Ministério Público esteja sempre presente ao lado do cidadão. Realmente, esse tem sido o nosso maior desígnio. Nosso trabalho nesse sentido pode ser ilustrado de várias formas: projetos de inclusão social patrocinados ou supervisionados pelo Parquet; provimento de cargos de Promotores de Justiça, sobretudo nas comarcas mais carentes e distantes; realização de audiências públicas em todo o Estado e fortalecimento do papel de atuação da Ouvidoria do Ministério Público, entre outras medidas.

Aliás, a inclusão social mereceu destaque desde o início de nossa gestão. Tanto que foi criada, por meio da Resolução PGJ nº 08, de 18 de março de 2009, a Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social (CIMOS), “(...) com o objetivo de ser um espaço organizado dentro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, dedicado às questões de participação e inclusão social, de debate e formação, sempre na perspectiva da interlocução com os diversos atores sociais, nos mais variados espaços, ONGs, sindicatos, Igrejas, criando uma interface entre o MP e a Sociedade Civil Organizada”.

Vale ressaltar, ainda, o importante papel que os nossos Centros de Apoio Operacional, em suas diversas áreas de atuação, têm prestado aos nossos colegas e à população em geral.

Além disso, não podemos deixar de destacar os esforços consistentes na defesa de nossas prerrogativas institucionais e direitos que interessam a toda a classe. A criação do serviço Acompanhamento em Brasília e da Secretaria de Planejamento Estratégico, por exemplo, foi medida extremamente útil e imprescindível à afirmação do Ministério Público como instituição de destaque em nosso país.

Por fim, deixamos aqui um convite a todos vocês para que acessem o sítio do Ministério Público mineiro na internet – www.mp.mg.gov.br – totalmente remodelado, mais dinâmico e ágil. Nele, vários serviços são disponibilizados à sociedade, com grande relevo para aqueles que permitem o acesso direto do cidadão aos vários órgãos de atuação do Ministério Público em Minas Gerais. O internauta pode apresentar denúncias, realizar pesquisas, consultar nosso acervo bibliográfico etc.

Até a próxima edição.

Um grande abraço.

II APRESENTAÇÃO

Paulo de Tarso Morais Filho
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

O volume 16 do MPMG Jurídico está realmente imperdível. Por essa razão, fazemos um convite especial a todos os nossos leitores para que desfrutem dos temas abordados nesta edição.

A matéria de capa do colega do MPDFT Luciano Coelho Ávila analisa precedente jurisprudencial do STF sobre matéria de grande interesse para a atuação do Ministério Público brasileiro.

Na seção entrevista, contamos com a experiência acadêmica e profissional do Professor Luiz Manoel Gomes Júnior, num bate-papo sobre as principais mudanças legislativas no Brasil.

Damos destaque, ainda, à diversidade de artigos publicados e obras doutrinárias indicadas na seção de informações jurídicas de interesse institucional. O acervo jurisprudencial selecionado traz posições polêmicas sobre variados temas.

Por fim, na seção de informações variadas, foi dada especial relevância à seara penal, sem descuidar, contudo, do diálogo multidisciplinar, seção que tradicionalmente traz artigos jurídicos e sugestões de obras de outras áreas do conhecimento humano.

Esperamos, assim, que todos tenham uma ótima leitura.

Um forte abraço.

III CONVITE DO COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prezados(as) Senhores(as),

A Coordenação Editorial reitera o convite para que você também faça parte das nossas publicações como colaborador.

Para isso, você pode enviar os seus artigos ou comentários a fim de que eles sejam publicados em um boletim que, a cada dia que passa, consolida-se como um importante veículo de propagação da cultura jurídica no Brasil e no exterior.

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, bem como digitados no formato *Word (Windows)* – versão mais atual – com, aproximadamente, 60 (sessenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); utilizando-se da mesma fonte do texto, os títulos em corpo 12, em negrito; e, por fim, a indicação da fonte bibliográfica completa, em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” como nota de rodapé, em corpo 8.

O autor deverá identificar-se e, caso seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3x4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário ainda fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fins de encaminharmos um exemplar do boletim e certificado (ISSN) em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail mppmgjuridico@mp.mg.gov.br, ou para a Coordenação Editorial – Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-916, Belo Horizonte (MG).

Envio de artigos e outras informações:

mppmgjuridico@mp.mg.gov.br

1. MATÉRIA ESPECIAL

1.1 Controle Abstrato de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – A anunciada revisão de jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público (ADI) no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos

Luciano Coelho Ávila

*Promotor de Justiça do MPDFT
Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC
Professor de Direito Constitucional
da Escola da Magistratura do DF
Autor de diversos artigos jurídicos
publicados em revistas especializadas*

Introdução

A discussão que envolve a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias no Brasil sempre foi um dos temas mais polêmicos e palpitantes no âmbito do direito constitucional doméstico.

Em recente decisão proferida em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (MC-ADI 4048/DF), o plenário da Suprema Corte brasileira começou a anunciar a importantíssima mudança de um paradigma clássico que vinha sendo adotado ao longo das últimas duas décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as leis orçamentárias em geral, a exemplo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), não poderiam constituir objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por não preencherem determinados requisitos de admissibilidade exigidos pela jurisprudência daquela Corte Superior.

O objetivo do presente trabalho é alertar a comunidade jurídica para o grande significado e as possíveis conseqüências da anunciada revisão jurisprudencial no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, através de uma abordagem concisa e objetiva, calcada na apreciação do *leading case*, que está ensejando a mudança de pensamento da Corte Constitucional deste país.

Para mais que isso, almeja-se alertar os integrantes do Ministério Público brasileiro para a possível abertura de um novo e fecundo campo de atuação do órgão, propiciado pela ora noticiada revisão de jurisprudência do STF, que, como se buscará demonstrar, terá como um de seus mais importantes desdobramentos a possibilidade de um controle jurisdicional mais efetivo sobre os orçamentos públicos governamentais.

É certo que raciocínios como esses são do tipo conducentes, nalguns momentos, a barreiras que parecem

intransponíveis. Mas nem por isso deve o pensador desistir de encontrar o necessário ajuste dos pontos difíceis de se acomodar no contexto geral da teoria que se desenvolve, mesmo que através do pensamento contrário, da boa crítica, favorável ou não. É assim, ao que se sabe, que aparecem os novos elementos do mundo científico, mesmo que através de pequenos acréscimos ao que já se produziu em determinado campo.



Ficam, pois, as linhas que seguem, a título de despretenso ensaio no sentido de oferecer ao menos alguma contribuição a mais, visando trilhar os caminhos que nos conduzem à efetivação de um Estado de Direito Democrático realmente comprometido com a efetivação da *justiça social*, dos *interesses sociais* e com a construção de uma *sociedade justa e solidária*, que tem por objetivos fundamentais, entre outros, a *redução das desigualdades sociais* e a *erradicação da pobreza e da marginalidade* (CF/88, art. 3º, incs. I e III).

1. Posicionamento clássico do STF a respeito do tema: a inadmissibilidade, em regra, do cabimento de ADI cujo objeto seja norma orçamentária

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao longo dos últimos 20 anos após o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou orientação que limitava o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) cujo objeto fosse o questionamento de normas orçamentárias, salvo em situações excepcionais.

Referido entendimento se fundava na exigência jurisprudencial (criada pelo próprio STF) de que a lei ou o ato normativo impugnados, para serem alvos de ADI – típica ação objetiva de caráter abstrato –, deveriam se revestir dos atributos da *abstração*, *generalidade*, *normatividade* e *impessoalidade*, conforme orientação consolidada por ocasião do julgamento da ADIn 203-1/DF¹.

Por força desse entendimento, a Suprema Corte

¹ ADIn 203-1/DF: “A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade. Precedentes do STF.” (rel. Min. Celso de Mello). Referido entendimento voltou a ser confirmado em recentíssimo julgamento do próprio STF noticiado pelo Informativo 541 (Medida Cautelar em ADI 1.372-R), ocasião em o Relator, Min. Celso de Mello, asseverou: “O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade.(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes.”

brasileira não admitia o questionamento, via ADI, dos denominados *atos estatais de efeitos concretos*, aqueles atos que, não obstante emanados do Poder Público, são dirigidos a pessoas certas (destinatários certos) ou possuem objeto determinado, não se enquadrando nas exigências já descritas. Note-se que nem mesmo os atos estatais de efeitos concretos aprovados sob a “forma” de lei (lei em sentido formal) poderiam ser atacados pela via abstrata do controle de constitucionalidade propiciado pela ação direta. Isto porque, segundo entendimento que se tornou clássico na jurisprudência do STF, para fins de cabimento de ADI, deve-se estar diante de lei em sentido *formal* e ao mesmo tempo *material*, não sendo suficiente a mera aprovação do ato estatal sob a roupagem de lei em sentido formal (= mero processo legislativo de aprovação da espécie normativa).

Pois bem. As leis orçamentárias em geral, de que são exemplos a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), sempre foram lembradas como típicos exemplos de “leis formais de efeitos concretos”, na consideração de que as normas definidoras das *dotações orçamentárias*, na maior parte dos casos, encontram *destinatários certos e objeto determinado*.

Em outras palavras, referidas normas orçamentárias até podem ter sido aprovadas sob a forma de leis (lei em sentido formal), mas, por não se revestirem dos caracteres de *abstração, generalidade e impessoalidade* exigidos pela jurisprudência do STF, não poderiam (na concepção clássica do Tribunal Constitucional brasileiro) se sujeitar ao controle abstrato de constitucionalidade propiciado pela via da ação direta de inconstitucionalidade por não se caracterizarem como leis em sentido material².

Sem embargo, calha advertir que o próprio STF admitia, em situações excepcionais, o cabimento de ADI para a impugnação de normas orçamentárias quando o legitimado ativo para a ação lograsse demonstrar um mínimo coeficiente de abstração e generalidade do ato questionado, a exemplo do que restou decidido no julgamento da ADI 2.925, no qual se discutia a abstração da norma que tratava da “[...] suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis”³.

A regra, no entanto – insista-se –, era no sentido do descabimento da ADI para questionamentos de vícios formais ou materiais de inconstitucionalidade em torno de leis orçamentárias, *cujos comandos normativos destinam determinadas receitas a uma certa finalidade/despesa*⁴.

2. A recente revisão jurisprudencial do STF sobre a matéria (MC-ADI n. 4.048-DF)

O Supremo Tribunal Federal começa a rever sua orientação clássica em torno da inviabilidade do manejo

da ADI para a impugnação de leis orçamentárias.

Referida revisão foi amplamente discutida e debatida pelo plenário da Corte por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em ADI n. 4.048-DF, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes.

O questionamento de mérito dessa ação se dirigia ao conteúdo da Medida Provisória n. 405/2007, editada em 18.12.2007, por meio da qual o Presidente da República determinou a *abertura de crédito extraordinário*, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00, a favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo. Questionava-se, afinal, se poderia o Chefe do Poder Executivo Federal editar Medida Provisória para determinar *abertura de crédito extraordinário* em quaisquer situações. Referido procedimento tem fundamento constitucional?

Conforme esclarecido por ocasião do julgamento, nada obsta a utilização de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário, até porque referido procedimento conta com expressa previsão constitucional (art. 62, § 1º, inc. I, alínea “d”, c.c. art. 167, § 3º, ambos da CF/88).

Ocorre que, para tal fim, *além* dos pressupostos formais da *relevância e urgência* (art. 62, CF/88), inerentes às medidas provisórias em geral, a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário via medida provisória seja feita apenas para atender a despesas *imprevisíveis* e urgentes, que não possam aguardar o transcurso regular de um processo legislativo ordinário, muitas vezes prolongado no tempo por influência de fatores políticos. Como exemplos de situações *imprevisíveis* que poderão ensejar o uso de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário, a própria Constituição Federal elenca os casos de “guerra”, “comoção interna” ou “calamidade pública”, os quais constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º, CF/88. Fora dos casos de *imprevisibilidade e urgência*, o uso de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário é inconstitucional, conforme asseverou o Pretório Excelso.

Partindo de tal contexto, após análise da exposição de motivos da MProv. 405/2007, a maioria dos Ministros do STF não encontrou qualquer dificuldade em aquilatar que a abertura de crédito extraordinário determinada por intermédio do Presidente da República padecia de flagrante vício de inconstitucionalidade, na medida em que os créditos abertos destinavam-se a prover despesas correntes de diversos órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral que não estavam qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência, circunstâncias que levaram o Tribunal a reconhecer que a edição da medida provisória em questão configurou *um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários*⁵.

² Nesse sentido, conferir ADI (QO) 1.640 e ADI 2.100.

³ Exemplo extraído da obra *Direito Constitucional Esquemático*, de autoria do emérito prof. Pedro Lenza. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. PODIVM, 2008. p. 353-354.

⁵ Neste particular aspecto, a contundente crítica doutrinária de Márcia Maria Corrêa de Azevedo ao uso excessivo de medidas provisórias no Brasil apresenta-se de todo oportuna quando afirma, em tom de fina ironia, que “[...] as medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo

No entanto, para os fins do presente trabalho, a decisão mais importante do STF não foi propriamente aquela de mérito que reconheceu, em sede de medida cautelar, a inconstitucionalidade da Mprov. 405/2007. Na verdade, a grande revisão de jurisprudência que constitui objeto do presente artigo teve sua origem por ocasião de uma questão de ordem, preliminar, sobre o próprio cabimento da ADI 4.048, tendo em vista que referida ação, como se está a perceber, pretendia impugnar uma *típica norma de caráter orçamentário*, a saber, a Medida Provisória 405/2007, que determinara a *abertura de crédito extraordinário*.

Perceba-se que a ADI 4.048-DF tinha por objetivo atacar uma medida provisória de natureza orçamentária, o que levou os Ministros do STF a levantarem questão de ordem, com o objetivo de definir se seria ou não cabível ADI para impugnar uma típica norma orçamentária, vale dizer, se deveria ou não ser aplicado à espécie o entendimento clássico da Corte no sentido do descabimento de ADI que tenha por objeto normas orçamentárias. Apenas a título de melhor esclarecimento, recorde-se o leitor que a MProv 405/2007 determinou a abertura de crédito extraordinário a favor de órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral, do que se conclui que referido ato do Poder Executivo tinha objeto determinado e destinatários certos, apresentando-se, pois, como um típico ato estatal de efeitos concretos na concepção clássica do Tribunal.

Assim foi que, após ampla discussão, resolveu o Plenário do STF, por maioria de votos, admitir o cabimento da ADI em questão, em julgamento histórico no qual o relator da ação, Min. Gilmar Mendes, chegou ao ponto de enfatizar que, ao passar a admitir o cabimento da ADI para a impugnação abstrata de leis orçamentárias, o STF, por sua nova composição, estava se retratando de um erro do passado.

Para uma melhor compreensão dos debates preliminares, transcreve-se, na sequência, o resumo da decisão noticiado pelo *Informativo – STF n. 502* sobre a MC-ADI 4.048-DF, *in verbis*:

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, por entender estar-se diante de um tema ou de uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato — independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto — de inegável relevância jurídica e política, que deveria ser analisada a fundo. Asseverou-se que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, eis que a própria Constituição adotou como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, ou seja, aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. **Considerou-se, entretanto, que outra deveria ser a interpretação no caso de atos editados sob a forma de lei. Ressaltou-se que essas leis formais decorreriam ou da vontade do legislador ou do próprio constituinte, que exigiria que**

já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células sadias, alterando a estrutura do DNA, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo o espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até o nome de vírus – provvedimento provvisorio (com (sic) forza di legge) (Prática do processo legislativo. São Paulo: Atlas, 2001. p. 178).

certos atos, mesmo que de efeito concreto, fossem editados sob a forma de lei. Assim, se a Constituição submeteu a lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional, isentando um grande número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle. Aduziu-se, ademais, não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Concluiu-se que, em razão disso, o Supremo não teria andado bem ao reputar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas. Vencido, no ponto, o Min. Cezar Peluso que não conhecia da ação, por reputar não se tratar no caso de uma lei, sequer no aspecto formal. (grifo nosso).

Pela análise comedida e criteriosa dos fundamentos da decisão ora transcrita, percebe-se que o STF, por sua nova composição, procurou estabelecer uma clara distinção entre os atos estatais de efeitos concretos editados “sob a forma de lei” (ou de medida provisória) e os atos estatais de efeitos concretos não editados sob a forma de lei ou de medida provisória (como, por exemplo, os atos administrativos do poder público). Enquanto os últimos continuariam não podendo ser objeto de questionamento em sede de ADI, os primeiros (editados sob a mera roupagem de lei ou de medida provisória) não mais estariam isentos de controle abstrato de constitucionalidade, podendo ser impugnados, quando formal ou materialmente viciados, por intermédio de ADI e não mais apenas através de controle difuso de constitucionalidade, consoante orientação anterior.

No caso específico das leis orçamentárias, restou esclarecido durante os debates em torno da questão de ordem que referidas espécies normativas *seriam atos estatais de efeitos concretos apenas na aparência*, já que, para que elas sejam colocadas em prática e efetivamente executadas é que, aí sim, dependeriam da prática de atos de efeitos concretos.

3. Considerações Finais – um novo campo de atuação do Ministério Público brasileiro no controle da constitucionalidade dos orçamentos públicos

Conforme advertência oportuna do ilustre constitucionalista Pedro Lenza⁶, ao comentar a recente revisão de jurisprudência ora noticiada, “[...] tendo em vista que a decisão foi tomada em medida cautelar, resta aguardar como se dará a evolução da jurisprudência do STF.”

Ainda assim, tudo está a indicar que, por ocasião

⁶ Na obra *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

do enfrentamento do mérito da ADI 4.048-DF, o Supremo Tribunal Federal brasileiro passará a admitir, doravante, o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja lei orçamentária, o que, até bem pouco tempo, só poderia ser objeto de questionamento mediante controle difuso incidental ou através de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Trata-se, inequivocamente, de valiosíssima mudança de interpretação jurisprudencial do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, máxime por possibilitar um controle jurisdicional mais efetivo, em sede de fiscalização objetiva e abstrata de constitucionalidade sobre eventuais transferências de recursos orçamentários de uma dotação para outra, dentro da proposta orçamentária do Governo Federal, notadamente quando referidas transferências se apresentarem totalmente infundadas e obscuras, não se dirigindo para o atendimento de setores prioritários da Constituição, a exemplo da *implementação de políticas públicas em geral*, em áreas como saúde e educação.

Em tal contexto, começa a se delinear um novo e extraordinário campo de atuação para o Ministério Público brasileiro que, por intermédio dos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, nos Estados e no DF, e do Procurador-Geral da República, no âmbito Federal – como legitimados ativos para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade nos respectivos âmbitos de atuação –, poderá passar a exercer um controle mais efetivo *sobre a própria constitucionalidade dos orçamentos públicos e das dotações orçamentárias governamentais*, não apenas do ponto de vista formal (vícios procedimentais de aprovação da espécie normativa), mas também sob a ótica material, notadamente em situações nas quais restar evidenciado *flagrante arbitrariedade* ou *desvio de finalidade* praticados pelo agente de poder ordenador das despesas estatais, com má utilização do dinheiro público ou sua aplicação indevida em setores que não constituam, à toda evidência, propósitos prioritários da Constituição⁷.

Referido entendimento se apresenta ainda mais coerente se cotejado com a moderna dogmática *concretista* da Constituição, a propor um controle jurisdicional mais incisivo sobre a antes incontrastável discricionariedade administrativa para a definição dos orçamentos públicos, a exemplo do que bem sustentado por Dirley da Cunha Júnior em doutrina, em análise crítica da equivocada utilização que se tem feito da *teoria da reserva do possível* no Brasil como fator de limitação da *efetividade dos direitos sociais*, *mutatis mutandis* aplicável à espécie, *in verbis*:

De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder

Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. **A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira**⁸. (grifo nosso).

E assim arremata com aguda perspicácia referido autor:

*Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.*⁹

Por tudo o que até aqui se disse, compete aos Ministérios Públicos dos Estados, do DF e Territórios e Federal, por intermédio de suas chefias, voltarem suas atenções para a importante inovação que se anuncia no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade brasileiro, promovendo as ações necessárias (ADI, ADPF, etc.) ao emprego adequado dos recursos públicos dentro das propostas orçamentárias governamentais, não mais sujeitas à reserva de competência exclusiva do legislador e do administrador.

Está-se, inelutavelmente, diante de extraordinário e fecundo campo de atuação que deverá ser ocupado pelo Ministério Público brasileiro, tendo em vista que plenamente compatível com suas incumbências constitucionais de *defesa da ordem jurídica* e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 da CF/88), rumo à construção de uma sociedade *justa e solidária* (art. 3º, inc. I, da CF/88), que tem por princípio fundamental o efetivo respeito à *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III, da CF/88), princípio matriz de todos os direitos fundamentais.

⁷ Consoante oportuna lição de Dirley da Cunha Júnior, em tom exemplificativo, “[...] cuida-se, aqui, de permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.” (In: Op. cit., p. 717).

⁸ Op. cit., p. 718.

⁹ Op. cit., p. 719.

2. ENTREVISTA

2.1 Luiz Manoel Gomes Júnior

O nosso primeiro entrevistado desta edição é o Doutor Professor Luiz Manoel Gomes Júnior. Luiz Manoel, atualmente, é um dos mais importantes juristas com atuação polivalente e magistério refinado no País. Além de docente, é jurista consultor no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e no Ministério da Justiça, ligado à Secretaria da Reforma do Judiciário, tendo sido o relator da comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública.

Nesta entrevista, o Professor Luiz Manoel nos conta um pouco sobre a sua atuação profissional e acadêmica, sobre o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da lei de imprensa e, especificamente, sobre o atual movimento de reforma e atualização do sistema de tutela coletiva no Brasil.

Desde já, agradecemos ao nosso entrevistado sua participação especial em nossa revista.

MPMG JUR: Atualmente, o senhor é consultor do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Em que consiste esse programa e quais as atividades que o senhor desempenha à frente desse projeto?

LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR: A Organização das Nações Unidas (ONU) possui um programa que visa ao aperfeiçoamento das instituições em diversos países do mundo, dentre eles o Brasil. Há a liberação de recursos para a execução de projetos e a contratação de consultores.

Fui contratado, em 2008, através de seleção nacional, com a finalidade de atuar no Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário – visando ao aperfeiçoamento do Sistema Único Coletivo, ou seja, as regras que tratam das ações coletivas brasileiras.

O Brasil já possui o melhor

sistema do mundo de defesa dos direitos coletivos, existindo o interesse da ONU em aperfeiçoar esse conjunto de regras para oferecer um modelo que possa ser utilizado em outros países.

MPMG JUR: Sabemos também do importante papel que o senhor desempenha como jurista consultor do Ministério da Justiça, ligado à Secretaria de Reforma do Judiciário, encarregado de analisar os projetos de alteração do Sistema Coletivo Brasileiro. Conte-nos um pouco sobre a sua experiência, especialmente sobre a elaboração do Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública em que o senhor foi o relator.

LMGJ: Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido pela Advocacia-Geral da União, realizado no mês de junho de 2008, em Brasília, com participação de representantes das referidas instituições e das suas categorias profissionais, em oficina coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil, de um lado, por meio de um amplo debate que reconhecesse o acúmulo de conhecimento teórico de especialistas e, de outro, que recebesse novas sugestões de forma e conteúdo que possibilitassem uma adequação.

A ONU liberou recursos para a realização desse trabalho, inclusive com a minha contratação como Consultor.

Em face desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, pela Portaria nº 2.481/2008, uma Comissão Especial com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva, com a

seguinte composição: Dr. Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Poder Judiciário, que a preside; eu, que atuei como relator (comissão geral e comissão de sistematização), Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato

Nada será mais nefasto e prejudicial, tanto para a liberdade de imprensa como para a defesa da honra e das garantias individuais, que o vácuo legislativo propiciado simplesmente pela revogação da lei de imprensa.

Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petronio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sergio Cruz Arenhart.

Devo ressaltar que a comissão foi criada de forma oficial em dezembro, mas os trabalhos foram desenvolvidos desde junho de 2008.

Apesar das propostas de criação de um Código de Processo Coletivo, optou a comissão por aperfeiçoar a Lei da Ação Civil Pública, especialmente pela relevância desse diploma legal para o ordenamento jurídico brasileiro e o seu respeito na comunidade jurídica.

A atuação de todos os membros da comissão foi muito produtiva, houve interessantes debates, considerando a formação e vinculações profissionais tão diferentes (Ministério Público Federal e Estadual, advocacia, Defensoria Pública, ministros de Tribunais Superiores, etc.).

Os trabalhos foram encerrados no final de março deste ano (2009), com o envio do texto para a Casa Civil que, após alterações, foi enviado ao Congresso Nacional em 27 de março e recebeu o número 5.139/2009, estando sob a relatoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, do Rio de Janeiro, já tendo sido realizada uma audiência pública para debates e a apresentação do substitutivo.

Atualmente ainda presto consultoria para a ONU, vinculado à Secretaria de Reforma do Judiciário, acompanhando a tramitação do mencionado Projeto de Lei nº 5.139/2009 na Câmara dos Deputados.

MPMG JUR: Na área acadêmica, além de professor em conceituadas instituições acadêmicas, o senhor é autor de várias obras e artigos publicados em diversos periódicos jurídicos de renome, sendo também membro do Conselho Editorial das Revistas de Direito Privado e de Processo, ambas da Editora Revista dos Tribunais. Como se deu o interesse e o gosto pelo universo doutrinário?

LMGJ: Comecei a trabalhar em um escritório vários anos antes do ingresso na graduação, o que trouxe grande incentivo para o estudo e o aperfeiçoamento. Sempre gostei muito do direito processual civil e, no 4º ano do Curso de Direito (1992), não ficando satisfeito com a resposta de um professor, fui pesquisar o tema e acabei por escrever um artigo que foi publicado na Revista de Processo (RePro), um tradicional periódico da Editora Revista dos Tribunais (*Da Admissibilidade do Recurso Especial nas decisões proferidas em agravo – 1993 – RePro 71*); em seguida publiquei artigos na Revista de Direito do Consumidor, na de Ciências Criminais e na própria Revista dos Tribunais (*O Direito Constitucional de obter Informações e Certidões de Órgãos Públicos (art. 5º, XXXIII e XXXIV, b, da CF/88) e o Crime de Responsabilidade de Prefeitos (art. 1º, XV, do*



Decreto-Lei nº 201/67. v. 708, 1994). O apoio da Editora Revista dos Tribunais, desde o início, foi fundamental na minha carreira.

O caminho natural foi o magistério na área jurídica na Fundação Educacional de Barretos – Curso de Direito. Posteriormente ingressei no mestrado da PUC-SP e em seguida no doutorado, quando tive a honra de atuar como assistente do Prof. Arruda Alvim nas aulas de mestrado e doutorado, o qual acabou sendo meu orientador da tese de doutorado. Sua filha, Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier, atuou no mestrado como a minha orientadora.

No mestrado, passei a direcionar meus estudos para o processo coletivo, escrevendo sobre a ação popular; no doutorado, ampliei o enfoque com a Teoria Geral das Ações Coletivas, sempre com um acompanhamento preciso dos meus orientadores.

A dívida de gratidão que eu tenho com meus professores da PUC-SP (Arruda Alvim, Thereza Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior) jamais será paga. É necessário destacar também os Professores Rodolfo de Camargo Mancuso (USP) e Araken de Assis (PUC-RS), que me auxiliaram – e muito – na tese de doutorado, com valiosas observações realizadas por ocasião da defesa pública.

MPMG JUR: O senhor possui obra específica sobre a ação popular. Na sua opinião, o Brasil já se encontra devidamente amadurecido para compreender os aspectos positivos dessa importante ação constitucional ou ainda existem vários obstáculos a sua efetivação no ordenamento jurídico pátrio?

LMGJ: A ação popular tem prestado relevantes serviços ao sistema jurídico brasileiro, já que prestigia a atuação do cidadão na defesa do erário (esquecendo aqui a ação popular ambiental). Em um país em que a regra é o nada fazer, essa ação mostra-se importante quando o cidadão passa a agir, a questionar os atos do Estado.

Contudo, sua principal virtude, a natureza política, é a sua maior deficiência, na medida em que muitas vezes passa a ser utilizada de forma irregular, visando apenas

criar constrangimentos.

De outro lado, a relevante atuação do Ministério Público e a maior abrangência da ação civil pública, através da qual é possível veicular pretensões relacionadas com a improbidade administrativa, reduziram a importância da ação popular.

No entanto, no saldo de pontos, há mais aspectos positivos que negativos na ação popular, tanto que a Lei nº 4.717/67, que regula o instituto, está em vigor há mais de quarenta anos, jamais tendo sofrido alguma alteração significativa. Trata-se de uma lei bem elaborada.

MPMG JUR: Recentemente, o senhor também editou um livro, em co-autoria, sobre a nova Lei do Mandado de Segurança. O que a nova legislação trouxe de avanço em relação ao regramento normativo anterior, especialmente no campo da tutela coletiva?

LMGJ: Escrevi, juntamente com os Professores Rogério Favreto, Luana Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira e Sidney Palharini, alguns comentários à nova Lei do Mandado de Segurança, editados pela Editora Revista dos Tribunais.

O instituto processual do mandado de segurança sempre teve elevado destaque no ordenamento jurídico brasileiro, integrando a categoria dos direitos de *primeira geração*, ou seja, aqueles que de modo pioneiro constaram das Constituições dos diversos países. Podem ser incluídos dentre eles, no âmbito do direito material, os direitos civis e os políticos, ambos pertencentes à primeira fase do constitucionalismo.

A sua relevância era ainda maior quando verificada a possibilidade de deferimento de liminar – algo raro nas ações que podiam ser ajuizadas antes da ampliação do uso das liminares de um modo geral (arts. 273 e 461 do CPC) – com uma tramitação mais célere e reduzida quantidade de recursos.

Já era mesmo hora de atualizar os diversos dispositivos da Lei nº 1.533/1951, que estava desatualizada, pois em vigor há mais de meio século, especialmente diante de um novo sistema constitucional, seguido de profundas reformas no Código de Processo Civil. A título



de exemplo, temos o mandado de segurança coletivo, instituído pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXX), o qual estava sem nenhuma regulamentação ordinária.

Restou também necessário positivizar as evoluções da jurisprudência na análise dos diversos aspectos do mandado de segurança, como a admissibilidade do recurso de agravo de instrumento contra o deferimento ou indeferimento de medida liminar.

Em regra, foram mantidas as conquistas anteriores do instituto, com algumas inovações e avanços, apesar da atuação um pouco tímida do legislador, além de alguns retrocessos. Realmente poderia ter sido feito muito mais.

Não obstante, dentre as principais inovações, podemos destacar: a) a mencionada regulamentação do mandado de segurança coletivo; b) a possibilidade de atuação imediata da pessoa jurídica interessada; c) a reiteração da prioridade na tramitação do feito e a manutenção dos efeitos da liminar até a prolação da sentença; d) a admissibilidade de recurso contra decisões interlocutórias, especialmente no caso das liminares; e) o reconhecimento da legitimidade da autoridade coatora para recorrer; dentre outras.

MPMG JUR: Qual a sua opinião a respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa?

LMGJ: Respeito as decisões do Supremo Tribunal Federal, mas não me parece que a revogação da Lei de Imprensa tenha sido um boa opção para o sistema.

Tínhamos três posições sobre a questão: a) revogação total da Lei de Imprensa, por inconstitucional, não havendo necessidade de nenhuma disciplina específica para o tratamento da matéria, já que a liberdade de imprensa é ampla (Michel Temer – Folha de SP – Tendências/Debates, 15.05.2008); b) revogação total da Lei de Imprensa, mas com a necessidade de uma nova lei (Miguel Reale Junior e René Ariel Dotti – Folha de SP – Tendências/Debates, 11.03.2008 – Saulo Ramos – Tendências/Debates, 09.05.2008); c) revogação parcial da lei de imprensa, com a manutenção dos dispositivos que são constitucionais, havendo a necessidade de um tratamento legislativo para esta atividade (Victor Gabriel Rodríguez – Folha de SP – Tendências/Debates, 04.03.2008).

O ajuizamento da ADPF pelo Deputado Miro Teixeira teve mesmo o inegável efeito positivo de

Estamos vivendo um grande momento na área jurídica, especialmente no âmbito processual, com a possibilidade de uma completa alteração do Sistema Único Coletivo brasileiro. Mais do que nunca há a exigência de um profissional destacado, que estude realmente os diversos institutos jurídicos.

colocar em discussão a constitucionalidade da antiga Lei de Imprensa, bem como o fato de a atividade jornalística dever ser ou não regulada por lei específica.

Pensamos que a revogada Lei de Imprensa deveria ter sido mantida, sem que houvesse a declaração da inconstitucionalidade na maioria dos seus dispositivos, pelo menos até a aprovação de uma nova disciplina para a matéria.

O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da liminar, considerou inconstitucionais diversos dispositivos, mas eram regras que a própria jurisprudência, em sua grande maioria, não aplicava por considerar que violavam a Constituição Federal (p.ex., a que permitia a censura pelo juiz, de manifesta inconstitucionalidade).

Mas a manutenção da atual Lei de Imprensa, até a sua atualização ou revogação com a aprovação de outro texto sobre o tema, mostrava-se indispensável por vários motivos.

O primeiro deles era para a própria segurança dos órgãos de imprensa. Atualmente há disciplina específica para os processos judiciais que forem ajuizados. Revogada a lei, cada juiz irá adotar o procedimento que entender melhor. No direito de resposta, que possui previsão constitucional e não pode ser negado por falta de disciplina legal, por exemplo, será ajuizado em um local no juízo cível e, em outro, no juízo criminal; um julgador irá exigir como condição o pedido administrativo anterior, como na atual Lei de Imprensa, outro entenderá que não há necessidade, causando perplexidade para todos os interessados e, pior, para os órgãos de imprensa que não saberão como proceder em cada situação concreta.

No caso, formas e formalidades são sinônimos de segurança jurídica. Revogada simplesmente a Lei de Imprensa, como foi, temos um procedimento, ou forma, para cada juiz e em cada tribunal ou câmara julgadora. Os prejuízos para a defesa dos direitos, em especial à honra e à liberdade de expressão, serão incalculáveis.

De outro lado, em um país com dimensões continentais como o Brasil, há indiscutível necessidade de coerência do sistema de regras e normas, como elemento essencial de um Estado Democrático de Direito.

A título de exemplo, Victor Gabriel Rodríguez deixa claro, como segundo argumento, que a aplicação da legislação penal aos crimes cometidos pela imprensa

irá se traduzir em penas em muito superiores àquelas previstas na lei de imprensa. O prazo prescricional (para ajuizar a ação penal) na lei especial de imprensa é de três meses, quando no código penal é de seis meses.

A lei de imprensa também prevê prisão especial para o jornalista e proíbe a prisão processual (art. 66), regras inexistentes no regime do direito penal comum. Revogada a lei de imprensa, como foi, o prejuízo a esses profissionais será considerável, em se tratando de matéria penal.

O artigo 27 da Lei de Imprensa, a título de exemplo, delimita as hipóteses em que a atividade jornalística não será considerada abusiva, como quando noticia, comenta e critica projetos dos Poderes Executivo e Legislativo, expõe crítica ou idéia, divulga os atos judiciais, dentre outras. Há um referencial preciso para os juízes que norteia o julgamento de ações contra os órgãos de imprensa. Esse mesmo artigo 27 permitiu que fossem julgadas improcedentes todas as ações ajuizadas pelos fiéis da Igreja Universal em face da Folha de São Paulo, pois, na matéria anteriormente veiculada nesse jornal, havia o inegável interesse público.

Como bem ponderado por Walter Ceneviva, em trabalho veiculado no jornal Folha de São Paulo (Lei de Imprensa em revisão, 01.03.2008), o "(...) direito comum tem soluções não ajustadas aos aspectos civis e penais da comunicação social".

Nada será mais nefasto e prejudicial, tanto para a liberdade de imprensa como para a defesa da honra e das garantias individuais, que o vácuo legislativo propiciado simplesmente pela revogação da lei de imprensa.

Claro que precisamos de uma norma mais moderna, totalmente adequada aos preceitos e espírito da Constituição Federal. A revogação simples da atual lei de imprensa, porém, não

trouxe e nem trará nenhum efeito positivo para os dois mencionados direitos de dignidade constitucional, quais sejam, a liberdade de expressão e o direito à honra.

MPMG JUR: O senhor passará a integrar o corpo docente do curso de mestrado da Universidade de Itaúna, aqui em Minas Gerais, tornando-se um pouquinho mais mineiro. Quais as suas expectativas para mais essa nova etapa na sua carreira profissional?

LMGJ: Recebi essa novidade com grande satisfação e um sentimento de responsabilidade. O coordenador do Programa, Prof. Gregório Assagra de Almeida, é um grande jurista, com destacada atuação na defesa dos direitos coletivos, sendo que teve e está tendo um papel decisivo na elaboração e na tramitação do Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública como um dos representantes do Ministério Público.

No Programa de Mestrado, teremos todos nós, professores e alunos, a oportunidade de fornecer à sociedade como um todo estudos sobre as novas regras que serão aprovadas já com o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública, várias com destacada importância para o Brasil. Classifico a proposta como um projeto generoso para a sociedade brasileira. O Programa de Mestrado da Universidade Itaúna terá condições de ser uma fonte de referências no estudo da nova sistemática legal, até porque três dos seus professores (Gregório Assagra de Almeida, Fernando da Fonseca Gajardoni e eu) integraram a comissão de elaboração do seu texto.

Aoportunidade de realizar esse trabalho juntamente com os meus irmãos e irmãs do Estado de Minas Gerais apenas amplia a minha satisfação e o grau de

Já era mesmo hora de atualizar os diversos dispositivos da Lei nº 1.533/1951, que estava desatualizada, pois em vigor há mais de meio século, especialmente diante de um novo sistema constitucional, seguido de profundas reformas no Código de Processo Civil. A título de exemplo, temos o mandado de segurança coletivo, instituído pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXX), a qual estava sem nenhuma regulamentação ordinária.

responsabilidade.

Espero, de forma sincera, poder fazer um bom trabalho para o desenvolvimento do direito brasileiro em conjunto com os integrantes do Programa de Mestrado e sob a supervisão do Prof. Gregório Assagra de Almeida.

MPMGJUR: Por fim, gostaríamos que o senhor deixasse uma mensagem aos nossos leitores.

LMGJ: Estamos vivendo um grande momento na área jurídica, especialmente no âmbito processual, com a possibilidade de uma completa alteração do

Sistema Único Coletivo brasileiro. Mais do que nunca há a exigência de um profissional destacado, que estude realmente os diversos institutos jurídicos. A atualização diante da posição da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais nunca foi tão relevante.

O direito caminha a passos largos com a necessidade de uma sociedade cada vez mais complexa, o que amplia e potencializa a responsabilidade de todos os que atuam no processo (juízes, promotores, advogados, defensores, etc.).

A relevância do direito aumenta a cada dia e isso amplia a nossa responsabilidade para com a sociedade brasileira, que tanto espera de todos nós.

2.2 *Faiçal David Freire Chequer*

O nosso segundo entrevistado é o Doutor Faiçal David Freire Chequer, Promotor de Justiça aposentado do Ministério Público de Minas Gerais e, atualmente, Reitor e Professor da Universidade de Itaúna.

Nessa entrevista, Faiçal Chequer nos brinda com uma conversa extremamente rica e ilustrada sobre os anos de sua atuação e dedicação nas comarcas do interior de Minas Gerais, faz um paralelo entre o Ministério Público de ontem e o de hoje, discute temas polêmicos da atualidade e deixa, ao final, uma mensagem de otimismo e sucesso a todos os

Promotores de Justiça que acabam de adentrar na Instituição.

Não é demais lembrar que Faiçal Chequer é um dos nomes que bem conhecem a história de superação e afirmação do Ministério Público mineiro, sendo reconhecido, também, pela sua eficiente gestão à frente da citada universidade, modelo de desenvolvimento e referência na comunidade acadêmica nacional.

Mais que uma justa homenagem, felicitamos este nosso entrevistado por todas as suas conquistas e méritos ao longo de sua trajetória exemplar de homem público e dedicado colega.



Alex Lanza

MPMG JURÍDICO: Dr. Faiçal, conte-nos um pouco sobre o início da sua carreira no Ministério Público mineiro, sobre as comarcas onde atuou e os principais desafios da época.

FAIÇAL DAVID FREIRE CHEQUER: Iniciei a minha carreira no Ministério Público de Minas Gerais no auge dos anos de chumbo da ditadura. O Procurador-Geral de Justiça de então, Dr. José Diogo de Almeida Magalhães, solicitou-me, quando da posse, um “atestado de ideologia”, passado pelo delegado do Departamento de Ordem Política e Social, em que se consignasse que as minhas idéias não conflitavam com o “regime democrático vigente”. Coisas daquela época...

Após a posse, recomendou-me o Procurador-Geral que entrasse em exercício imediatamente na comarca de Cabo Verde, extremo sul de Minas. Alguns meses depois, encontrei-me em Belo Horizonte com a Dra. Anivanete dos Santos, promotora em Medina, ocasião em que acordamos uma permuta. De

Medina fui para Almenara, onde permaneci por cerca de quatro anos, sendo promovido para Itaúna, local em que exerci o *munus* por dezenove anos. Promovido para a Capital, no mesmo dia em que entrei em exercício na Vara da Fazenda Pública, fui convocado pelo Procurador-Geral de Justiça para sua Assessoria de Gabinete, vindo a me aposentar algum tempo depois.

Na época, eram grandes os desafios a enfrentar: o Estado nem sequer fornecia uma máquina de escrever ou um papel timbrado. Nenhum funcionário, nem telefone; em algumas comarcas, nem luz elétrica, nem água tratada. O promotor tinha de superar todas as dificuldades que se lhe apresentavam, sozinho.

Mas, é bom lembrar: tanto no passado quanto no presente, todas as conquistas institucionais visavam e visam à defesa dos interesses da sociedade brasileira e, em particular, da mineira.

MPMG JUR: Qual a comparação que o senhor faz entre o Ministério Público no qual o senhor ingressou nos idos da década de 60 e o atual Ministério Público?

FDFC: O Ministério Público no qual ingressei



Alex Lanza

foi traçado, em linhas gerais, na resposta anterior. O atual, com imensa diversificação de atribuições de seus órgãos de execução e excelentes condições materiais, caminha rumo a novos desafios.

Mas, é bom lembrar: tanto no passado quanto no presente, todas as conquistas institucionais visavam e visam à defesa dos interesses da sociedade brasileira e, em particular, da mineira. A construção do atual Ministério Público está voltada para a realização da paz social e afirmação da cidadania, com uma sociedade solidária, justa e livre.

MPMG JUR: A sociedade e as instituições de defesa social têm demonstrado muita preocupação em relação aos direitos humanos dos presos e condenados. Por outro lado, o senhor tem demonstrado igualmente atenção em relação ao descaso da sociedade e dessas instituições no que tange aos direitos fundamentais das vítimas. O que o senhor tem a dizer sobre esse assunto?

FDFC: É louvável a preocupação das instituições de defesa social em relação aos direitos humanos dos presos e condenados. O que lamento é a inexistência de igual preocupação em relação aos direitos fundamentais das vítimas da violência.

Por mais que me esforce, não consigo entender como o Ministério Público, o Judiciário e a sociedade, através de alguns de seus integrantes, não situem os direitos fundamentais das vítimas numa escala de prioridades, acima dos direitos humanos daqueles que delinquem, pois a dor, o sofrimento, as lágrimas, a orfandade, a viuvez e a honra dilacerada atingem profundamente as vítimas e seus familiares. Esses direitos precisam ser reconhecidos e assegurados, de forma concreta e efetiva, pois são essenciais para a solidificação de um Estado Democrático de Direito.

MPMG JUR: Na palestra proferida durante o Curso de Formação aos Novos Promotores de Justiça do LXVIII

Concurso de Ingresso na Carreira, o senhor ressaltou o problema da falta de punição ao usuário de drogas diante da novel legislação brasileira, destacando, inclusive, orientação inversa de outros sistemas jurídicos do direito comparado. O senhor poderia nos falar um pouco mais sobre esse posicionamento?

FDFC: Cada vez mais, estou convencido de que a descriminalização do usuário de drogas proscritas é nociva à sociedade. Ora, a chamada Lei de Tóxicos procura punir o crime de perigo à saúde pública, objetivando, desse modo, evitar o perigo comum de atingir número indeterminado de pessoas, colocando em sério risco a incolumidade coletiva. Assim, o usuário, ao portar a droga, é incontestavelmente um disseminador do uso, difundindo o vício entre amigos, colegas e, consequentemente, em toda a sociedade, fomentando o tráfico e enriquecendo os traficantes.

Cada vez mais, estou convencido de que a descriminalização do usuário de drogas proscritas é nociva à sociedade.

MPMG JUR: Ainda sobre a palestra, o senhor propôs uma releitura de alguns itens do conhecido “Decálogo do Promotor de Justiça”. Em que consiste essa proposta de releitura?

FDFC: Ouso dizer que o “Decálogo do Promotor de Justiça” enfatiza muito a submissão do órgão do Ministério Público à Lei, ao Direito. Sugiro a sua releitura, substituindo-se o termo “Direito” por “Justiça”, o bem maior, nas palavras de Platão.

MPMG JUR: Por fim, gostaríamos que o senhor deixasse uma mensagem ao Ministério Público mineiro.

FDFC: Gostaria de dizer ao Ministério Público de nosso Estado, em particular aos promotores que estão iniciando sua caminhada, que construam um futuro do qual as gerações que lhes sucederem possam se orgulhar, escrevendo a história desta instituição com humildade e trabalho, num amor sacrossanto à Justiça.



3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Organização das eleições: a principal função da Justiça Eleitoral no Brasil

Hygor Lucas Marques Santana

Bacharel em Relações Internacionais (Unincor)

Especialista em Pedagogia Institucional:

Estratégias de Gestão na Administração

Judiciária (CEPEMG/Curso Maurício Trigueiro)

Estudante de Direito (Universidade de Itaúna)

“A justiça pode irritar-se porque é precária. A verdade não se impacienta, porque é eterna.”

Rui Barbosa

1. INTRODUÇÃO

A administração do Poder Judiciário tem sido tema de debates em vários aspectos, sobretudo no que se refere à própria gestão. Em razão disso, há uma real necessidade de se compreender a sua administração através de especialistas que sejam capazes de imprimir uma visão técnica, sistêmica e crítica sobre o debate.

Diante disso, o presente artigo científico tem por finalidade discutir o sucesso de uma Justiça que exerce sua principal função (organização das eleições) por meio de seus servidores: a Justiça Eleitoral. A intenção é demonstrar que ela é essencialmente uma justiça administrativa e que as eleições são organizadas pelos servidores – e são eles que, de verdade, conhecem com propriedade a organização para o exercício do sufrágio.

As questões da Justiça Eleitoral sempre foram, em sua maioria, administrativas. Por isso, a principal intenção deste texto é tratar de uma função atípica no âmbito do Poder Judiciário: a organização das eleições.

Neste artigo não discutiremos a função jurisdicional do Judiciário, visto que a preocupação aqui está voltada exatamente para uma exceção: um órgão do Poder Judiciário com caráter administrativo, no qual, em sua maioria, impera o pensamento técnico de seus servidores, responsáveis pela organização do melhor processo eleitoral do mundo.

2. BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA

A Justiça Eleitoral constituiu sua trajetória, que foi cheia de percalços, por meio de um lento processo de modernização e quebra de paradigmas. Vale destacar que as eleições não espelham uma novidade no Brasil. O exercício do voto aparece juntamente com a colonização, quando os

portugueses chegavam a novas terras e realizavam o pleito para eleger os governantes das cidades que estavam sendo fundadas.

De acordo com o *site* do TSE, a primeira eleição de que se tem notícia ocorreu com o intuito de eleger o Conselho Municipal de São Vicente, em São Paulo, no ano de 1532. No entanto, o crescimento econômico do País, aliado a algumas pressões do povo, fez com que, no ano de 1821, fossem realizadas eleições visando escolher os deputados que iriam representar nosso país em Portugal. Entretanto, devido ao grande tempo gasto e a uma burocracia excessiva, essas eleições não culminaram em resultados satisfatórios, pois algumas províncias não conseguiam eleger deputados.

Até o ano de 1828, as eleições eram feitas de acordo com as ordens do rei e adotadas de forma homogênea nas regiões dominadas por Portugal. Logo o voto passou a ser exclusividade daqueles que detinham mais de 25 anos e maior poderio econômico. Além disso, ficavam excluídos os pobres, os índios, as mulheres e os escravos.

No ano de 1881, foram instituídas pela Lei Saraiva (redigida por Rui Barbosa) as eleições diretas. Essa lei extinguiu as eleições indiretas e entregou à magistratura o alistamento eleitoral. Além de as eleições serem uma novidade naquela época, a Igreja participava ativamente de muitas delas, inclusive servindo de sede para o exercício do pleito. Assim, para que o cidadão pudesse vir a ser eleito deputado, deveria ser católico. No entanto, com a vigência da Constituição de 1891, a união entre Igreja e Estado se extinguiu.

As condições para a realização das eleições sempre foram precárias. Antes de chegarmos à urna eletrônica no ano de 2002, os votos já foram depositados em bolas de cera (eram os pelouros), em urnas de madeira, de ferro e de lona. Destaca-se que todas as reformas eleitorais eram feitas às vésperas das eleições para que o governo tivesse total controle do sistema. A intervenção do governo nas eleições era muito grande, as fraudes, constantes e o resultado das eleições era sempre previsível.

Durante o período da República Velha (1889-1930), o que prevalecia era a lei do mais forte. Os conhecidos “coronéis” controlavam grande parte do eleitorado e o voto era de “cabresto”, ou seja, os coronéis, usando do seu poderio político e econômico, obrigavam os eleitores a votarem nos seus candidatos. A eleição era facilmente controlada porque o voto não era secreto.

Em 1916, surgiu a Lei nº 3.139. Tal lei foi sancionada pelo então presidente Wenceslau Brás, que estava preocupado com o destino das eleições, já que as fraudes eram constantes. Contudo, somente em 1932 a Justiça Eleitoral foi criada e passou a ser responsável por todos os procedimentos eleitorais,





como o alistamento, a diplomação dos eleitos, dentre outros.

O código de 1932 surgiu após a revolução de 1930, que tinha como principal bandeira a moralização do sistema eleitoral. Ele introduziu o voto secreto, o voto feminino e o sistema de representação proporcional.

Instituído o Estado Novo, no ano de 1937, Getúlio Vargas anuncia a “nova ordem” no País. A Constituição daquele ano extinguiu a Justiça Eleitoral e os partidos políticos existentes, estabelecendo eleições indiretas para Presidente da República com mandato de seis anos.

Durante o Estado Novo, surge uma forte oposição por parte dos intelectuais, estudantes e empresários à ditadura implantada por Vargas. O fim da Segunda Guerra Mundial e a derrota dos regimes nazi-fascistas, assemelhados ao do Estado Novo, impõem a Vargas a necessidade de redemocratização do País. Nas eleições de 1945, Getúlio Vargas lança Eurico Gaspar Dutra, seu ministro da Guerra, como candidato. Os militares se mobilizam e a vitória de Dutra põe fim ao Estado Novo em 29 de outubro de 1945.

Já no ano de 1955, por sugestão do Ministro Edgar Costa, a Lei nº 2.250 criou a folha individual de votação. Com essa lei, fraudes como o uso de título falso e sua segunda via obtida por meio doloso foram abolidas. A partir de então, a Justiça Eleitoral desenvolveria com certa tranquilidade o processo eleitoral, organizando sucessivas eleições.

Entretanto, com o início do período Militar, que durou de 1964 a 1985, o País suportou um sistema eleitoral imposto de maneira tirana. Vários atos institucionais e emendas à Constituição davam ao Regime Militar o poder de conduzir os processos eleitorais de acordo com suas vontades.

Com o fim do Regime Militar e a nova redemocratização do País, é promulgada em 1988 a “Constituição Cidadã”. A partir daí, o sistema eleitoral brasileiro ganha força, o cidadão passa a ter direitos e deveres eleitorais e a Justiça Eleitoral, prestigiada como instrumento indispensável à democracia, passa a investir no aperfeiçoamento e no desenvolvimento do processo eleitoral, de modo a impedir fraudes e aumentar a eficiência da organização das eleições.

Concretizando os investimentos em gestão e pesquisa no exercício do sufrágio, o Brasil criou a máquina de votar: a urna eletrônica. De acordo com o *site* do TSE, cerca de 33 milhões de pessoas usaram a urna eletrônica no ano de 1996. Em 1998, o voto informatizado alcançou a soma de 75 milhões de eleitores para que, no ano de 2000, todos os eleitores pudessem utilizar-se da urna eletrônica para eleger prefeitos e vereadores.

3. ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NO BRASIL

A Justiça Eleitoral é uma Justiça Especializada com regras, organização e competência próprias, o que denota um exercício especializado da jurisdição. Não há juízes próprios no quadro da Justiça Eleitoral, sendo todos os seus magistrados advindos de outros órgãos do Poder Judiciário.

Ela é, por alguns, apontada como uma Justiça que possui caráter administrativo. Elcias Ferreira da Costa citado por Santana (2006, p. 95) “[...] identifica o exercício da função administrativa na Justiça Eleitoral na prática dos atos referentes ao alistamento, registro, votação e apuração”.

Na sua estrutura, a Justiça Eleitoral contempla o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que está instalado em Brasília com jurisdição sobre todo o território nacional. Seguem abaixo na estrutura os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), instalados no Distrito Federal e nas capitais de cada Estado da Federação. Como órgãos de primeira instância, encontramos os Juízes Eleitorais (que presidem as Zonas Eleitorais) e as Juntas Eleitorais.

O Tribunal Superior Eleitoral é composto por três Ministros do Supremo Tribunal Federal, por dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça e por dois advogados escolhidos e nomeados pelo Presidente da República de uma lista sêxtupla elaborada pelo STF na forma de seu Regimento Interno. Para cada titular também será indicado um suplente observando-se os mesmos procedimentos.

Os mandatos dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral serão de dois anos sendo que a eleição para Presidente e Vice-Presidente do TSE será regulamentada pelo Regimento Interno do TSE. O Presidente e o Vice-Presidente sempre serão escolhidos dentre os Ministros do STF e como são apenas dois os Ministros do STF indicados para o TSE, aquele que não se eleger o Presidente, torna-se Vice-Presidente. Já o Corregedor Eleitoral será sempre escolhido dentre os Ministros do STJ.

Os Tribunais Regionais Eleitorais são compostos de dois Juízes dentre os Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça; de dois Juízes de Direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça correlato na forma de seu Regimento Interno; de um Juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal ou, não havendo, de um Juiz Federal escolhido pelo correspondente Tribunal Regional Federal na forma de seu Regimento Interno e, ainda, de dois advogados indicados e escolhidos pelo Presidente da República entre os que figuram em uma lista sêxtupla elaborada pelo Tribunal de Justiça. Para o Tribunal Regional Eleitoral, para cada um dos escolhidos, também será escolhido um suplente, observando-se os mesmos procedimentos.

Os Juízes Eleitorais são magistrados escolhidos na Justiça estadual e são designados pelo TRE para presidir as Zonas Eleitorais.

As Juntas Eleitorais são órgãos colegiados de primeira instância e são compostas de dois ou quatro membros e seu Presidente, que sempre será um Juiz de Direito. As Juntas são formadas por uma designação feita pelos Juízes Eleitorais setenta dias antes da data das eleições. Há ainda a importante existência dos Mesários, da Mesa Apuradora e da Mesa Receptora de Votos.

Os mesários são os “colaboradores da Justiça Eleitoral”, nomeados por um ato do Juiz Eleitoral em até sessenta dias antes das eleições. A Mesa Apuradora propõe que a Junta



poderá desmembrar-se em Turmas, de três a cinco, conforme o número seus componentes. Seus escrutinadores atuarão sob a supervisão da Junta Eleitoral na função de apurar os votos, seus auxiliares exercerão funções administrativas e se incumbirão de fornecer material de expediente, reproduzir e arquivar boletins, etc.

Por fim, a Mesa Receptora de Votos compreende seis mesários, dentre eles um Presidente, um primeiro Mesário, um segundo Mesário, um primeiro Secretário, um segundo Secretário e um Suplente. Todos são designados pelo Juiz Eleitoral competente, mediante notificação pessoal, para exercer função gratuita. Todos os Mesários serão treinados pelo Juiz Eleitoral.

Atualmente, as normas concernentes ao funcionamento do sistema eleitoral brasileiro encontram-se previstas, em síntese, na Constituição Federal de 1988 e nos dispositivos a seguir relacionados: Lei n. 4.737/1965 (Código Eleitoral); Lei n. 9.504/1997 (normas para as eleições); Lei Complementar n. 64/1990 (inelegibilidades) e Lei n. 9.096/1995 (partidos políticos). Além disso, devem ser observadas, anualmente, as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

4. FUNÇÕES TÍPICAS X FUNÇÕES ATÍPICAS

Hoje, entre nossos Poderes, a separação não é completa como sugeria Montesquieu. Todos eles administram, legislam e julgam. No entanto, cada um deles conserva em si suas funções principais e suas funções secundárias. Aquela função que é exercida preponderantemente sobre as demais é considerada a função típica, já aquela exercida em segundo plano é tida como atípica.

Montesquieu deixava clara a idéia de que cada um dos Poderes deveria exercer suas funções separadamente das demais. Não há em sua acepção a mescla de atividades para os poderes. Para que cada um dos poderes fosse maximamente eficiente, deveria voltar-se para sua atividade-fim. Em nenhum momento Montesquieu sugere que cada Poder pudesse sustentar em segundo plano demais funções.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o esmo corpo dos principais, ou o dos nobres, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares. (Montesquieu, 2007, p. 166).

Vejamos que a Justiça Eleitoral, apesar de pertencer ao Poder Judiciário, no qual predomina como atividade típica o exercício da jurisdição (aplicação da lei ao caso concreto para solucionar conflitos), exerce como atividade predominante a organização das eleições. Trata-se de uma questão administrativa, deixando clara a idéia de que a principal função da Justiça Eleitoral não é o exercício da jurisdição eleitoral. Ao contrário, sua principal competência é atípica, pois a organização do processo eleitoral, além de ser a função mais exercida, também é a função que justifica sua criação.

Tal entendimento pode ser retirado da Constituição Federal de 1988, em seu art. 120, que estabelece a existência

de um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal.

O motivo pelo qual foram instalados Tribunais Regionais Eleitorais em todas as capitais e no Distrito Federal não é a demanda de processos da Justiça Eleitoral. Esta não justificaria nem mesmo a sua existência, visto que o seu número irrisório de processos, em comparação aos que tramitam na Justiça comum, poderia ser facilmente absorvido por órgãos de outras Justiças, como por exemplo, pela Justiça Federal e Estadual. Dessa forma, a real justificativa para instalação de vinte e sete Tribunais Regionais Eleitorais no Brasil é a necessidade administrativa de organizar as eleições, o que demonstra que toda a estrutura da Justiça Eleitoral está a serviço de uma função atípica.

Como estudiosos preocupados com o aperfeiçoamento de idéias e práticas que visam ao desenvolvimento da administração do Poder Judiciário, uma conclusão razoável seria a de que a verdadeira função típica da Justiça Eleitoral é administrativa e não jurisdicional.

5. MAGISTRADOS, SERVIDORES E SUAS FUNÇÕES NA JUSTIÇA ELEITORAL

Como apontado, a Justiça Eleitoral não tem quadro próprio de Juízes Eleitorais. Eles são magistrados da Justiça Estadual, designados pelos Tribunais Regionais para presidir as Zonas Eleitorais.

Suas funções típicas são pautadas em cumprir ou fazer cumprir as decisões dos Tribunais Superiores, processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência dos tribunais superiores em matéria eleitoral, decidir *habeas corpus* e mandado de segurança em matéria eleitoral, ressalvada a competência específica dos tribunais superiores, dentre outras.

O magistrado age, relativamente, poucas vezes como aplicador da lei dentro de um processo eleitoral. A função do magistrado na Justiça Eleitoral é resolver os conflitos eleitorais que são levados ao seu conhecimento. Nesse caso, o juiz exerce o seu papel de julgador. Entretanto, suas ações, na maioria das vezes, são administrativas, pois cabe a ele tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo e determinando providências que o caso exigir, dirigir os processos eleitorais, determinar a inscrição e a exclusão de eleitor, dividir a Zona em Seções Eleitorais, nomear membros das Mesas Receptoras de Votos e instruí-los a respeito de suas funções. Ainda lhe cabe ordenar o registro e a cassação do registro de candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao respectivo Tribunal Regional.

Observemos, contudo, que magistrados e graduados em Direito, não recebem formação para tanto. Poucas são as faculdades a arrolar em sua grade curricular matérias relacionadas ao Direito Eleitoral e à gestão pública judiciária. O concurso para ingresso na magistratura estadual, de onde provém a maioria dos magistrados eleitorais, tampouco aborda essa matéria. Conclui-se que a formação acadêmica



e a formação das escolas de magistratura envolvem questões puramente ligadas ao exercício da jurisdição e à resolução de conflitos.

Do contrário, todo servidor da Justiça Eleitoral estudou a fundo o Direito Eleitoral, pois é essa uma das principais matérias para sua aprovação no concurso. Além disso, os servidores da Justiça Eleitoral não possuem caráter temporário, o que lhes facilita o contato constante com as questões eleitorais, já os juízes possuem tempo limitado para exercer a jurisdição eleitoral.

Neste trabalho não há intenção de desmerecer o trabalho da magistratura, pelo contrário, mas na Justiça Eleitoral, suas atribuições ficam num segundo plano, já que a função típica da Justiça Eleitoral é a organização das eleições. O magistrado somente atua com o exercício da jurisdição no momento em que há litígios eleitorais, mas os servidores atuam constantemente no processo eleitoral.

Para esclarecer as idéias citadas, vejamos o exemplo do TRE-MG, que possui 1.582 servidores¹ e os terceirizados correspondem a 915 entre requisitados e cedidos². Já o número de juízes Eleitorais é de 347, sendo que desses, 18 estão na Capital e 329 estão no interior de Minas Gerais. Em todo o Estado de Minas Gerais, existem, de acordo com o TRE-MG, 43.404 Seções Eleitorais.

Aqui está um dos pontos-chave da questão. Vejamos que os servidores são maioria. Se somarmos os servidores do TRE-MG mais os cedidos e os terceirizados, chegaremos a um total de 2.497 pessoas, isso sem contabilizarmos os cidadãos que trabalham sem remuneração no dia das eleições. Portanto, para atender a um eleitorado de 1.735.954 em Minas Gerais, os servidores do TRE-MG desempenham um importantíssimo papel.

6. À GUIA DE CONCLUSÃO

No Brasil, a principal função da Justiça Eleitoral não está ligada ao exercício da jurisdição, mas à organização das eleições. A Justiça Eleitoral, para os moldes do Poder Judiciário concebido por Montesquieu, exerce uma função atípica. Na visão prática e gerencial deste artigo, a idéia é a de que a função atípica da Justiça Eleitoral é o exercício da jurisdição, já que a organização das eleições é, para a Justiça Eleitoral, uma função típica, preponderante.

Ora, se já em 1748, com Montesquieu, era clara a noção de que o Judiciário em seu rumo normal aplicava a lei ao caso concreto, por que hoje os aplicadores das leis também exercem o papel de gestores? É certo que vivemos em tempos modernos, com a intercomunicação de conhecimentos; no entanto, gestores continuam gestores e magistrados continuam julgadores.

Acreditamos que, assim como a Justiça Eleitoral, o Judiciário como um todo deva ser administrado na

prática por um corpo técnico de servidores, dando, assim, mais espaço para que os magistrados sigam resolvendo os conflitos e movendo as enormes filas de processos. Os magistrados estão preparados para julgar, não sendo sua função administrar a prestação jurisdicional. Os presidentes de Tribunais devem apenas representar o Tribunal em eventos e solenidades, cabendo a administração a servidores capacitados. Precisamos, de forma urgente, que o Judiciário se torne “parlamentarista”, em um sistema onde o presidente do tribunal seja uma espécie de “chefe de Estado” e os servidores verdadeiros “chefes de governo”.

Nesse sentido, a Justiça Eleitoral no Brasil apresenta uma organização e uma administração ímpar. Sua evolução ao longo do tempo é notável e, hoje, afirma-se na prática como a única “Justiça parlamentarista” existente no País, visto que o seu sucesso e administração estão concentrados, na prática, nas mãos de seus servidores e não dos magistrados. Apesar de fatores históricos terem retardado o seu aperfeiçoamento, a criatividade, o espírito administrativo dos servidores e, ressalte-se, inclusive de alguns magistrados, levam hoje, a Justiça Eleitoral próxima a um caminho de gestão a ser seguido por todo o Judiciário Brasileiro. Aos magistrados compete julgar e aos servidores, administrar. Que assim seja, para Montesquieu repouse tranquilo em seu visitado sepulcro em território francês.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Globo, 2001.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**: teoria da inelegibilidade; direito processual eleitoral; comentários à lei eleitoral. 5. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; Eduardo Domingos Botallo, Pedro Paulo de Rezende. **Direito Eleitoral: Lei nº 9.504/97**: estrutura, análise e jurisprudência. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito Eleitoral**: de acordo com a Constituição Federal, LC 64/90, Leis 9.096/95, 9.504/97, 11.300/06, EC 52/06 e Resoluções do TSE. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANTANA, Jair Eduardo. **Direito Eleitoral**: Para Compreender a Dinâmica do Poder Político. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<www.tre.mg.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2007.

<www.tse.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2007.

¹ Dados da Secretaria de Registros Funcionais em 29/10/2007.

² Dados do jornal entre linhas TRE edição fev/mar de 2007, Ano 4, n. 31.



3.1.2 Os ataques ao Ministério Público e a necessária Representatividade Política da Instituição



Sérgio Soares da Silveira
Promotor de Justiça - MG

Rodrigo Alves Barcellos
Advogado em Minas Gerais
Pós-graduado em Direito
Público pela PUC-MG
Coordenador Subseccional da
Escola Superior da Advocacia



Um tema que vem afligindo parte da comunidade jurídica diz respeito a uma campanha contra o Ministério Público, arditosamente patrocinada por interesses obscuros, desconhecidos da grande maioria da população brasileira. Trata-se de um movimento que se manifesta através de nefasta intervenção no ordenamento jurídico pátrio, favorecido pela carência de representatividade política da Instituição no Congresso Nacional. Ao nosso modesto sentir, a legislação vem sendo sorrateiramente escrita pelos grandes grupos econômicos e não por legisladores. Muitas leis são elaboradas para atender a setores que se beneficiam da corrupção¹.

Exemplificativamente, trazemos à baila o Projeto de Lei n. 3.937/2004 ou Projeto de Lei da Câmara n. 06/2009, que tem como foco praticamente excluir a participação do Ministério Público no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Como sabemos, trata-se da autarquia vinculada ao Ministério da Justiça cuja finalidade é prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, defender a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, defender os consumidores bem como reprimir o abuso do poderio econômico advindo da formação de *holdings*, *trustes* e *cartéis*. Vejamos a sutil diferença entre a redação atual do artigo da Lei n. 8.884/90, que disciplina a atuação do Ministério Público Federal perante o CADE e como passará a vigorar após a aprovação deste Projeto que tramita em adiantada fase do processo legislativo federal:

TÍTULO III

DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PERANTE O CADE

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade,

oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE. (Redação atual)

TÍTULO III

DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PERANTE O CADE

Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

Parágrafo único. O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. (Projeto de Lei)

Logo, se atualmente o Ministério Público Federal oficia preventivamente em todos os processos administrativos sujeitos a apreciação do CADE, com a alteração legislativa proposta, o *Parquet* emitirá parecer, tão-somente, naqueles procedimentos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator, o que, além de reduzir em muito as atribuições do Ministério Público, destoa da moderna visão preventiva e resolutiva da instituição ministerial.

De acordo com análise elaborada pela própria Consultoria Jurídica do Senado Federal, dentre outras desvantagens e retrocessos, o Projeto de Lei da Câmara n. 06/2009 propõe: a “redução do papel do Ministério Público Federal, que passa apenas a emitir pareceres em processos que apure infração à ordem econômica, quando hoje ele pode emitir parecer em qualquer tipo de processo”, além da “restrição na atuação do Ministério Público, que já não poderá propor ação civil pública contra atos que ferem a economia popular”².

Espantosamente, a própria página oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na internet, às escâncaras, veicula que a Confederação Nacional da Indústria – “CNI apóia o projeto de lei que reforma o CADE”³. Indagamos se a pretendida alteração legislativa, sabidamente apoiada pela entidade que representa e congrega os grandes grupos econômicos, também resguarda convenientemente o interesse público primário. Valemo-nos, como resposta, das palavras de Benjamin Disraeli, Primeiro-Ministro da Inglaterra, quando disse que “o Mundo é governado por muitas personagens e é difícil imaginar para quem não vê os bastidores”⁴.

Outro exemplo dessa campanha contra o Ministério Público e, conseqüentemente, contra a sociedade brasileira, é o Projeto de Lei n. 265/2007, de autoria do Deputado Federal Paulo Maluf (PP-SP). Referido projeto busca alterar a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, de modo a deixar expressa a responsabilidade



de quem ajuíza ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa. Em que pese alardeiem seus defensores que o projeto é uma tentativa de inibir as chamadas ações temerárias, percebe-se que em realidade o objetivo da alteração legislativa não é outro senão o de intimidar a atuação dos membros do Ministério Público dos Estados e da União, visto que, coincidentemente, oficiam obrigatoriamente em todas as ações judiciais a que alude este Projeto de Lei, seja como parte ou na qualidade de custos legis, fiscalizando a correta aplicação da lei.

Releva registrar que o apontado Projeto de Lei n. 265/2007 nada mais é que nova tentativa de inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de parte da Medida Provisória n. 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, que acrescentou vários parágrafos ao artigo 17 da Lei n.º 8.429/92, além de criar nova figura de improbidade administrativa através da adição do inciso VIII ao artigo 11 da LIA, considerando ato de improbidade a propositura de ação civil, criminal ou de improbidade administrativa imputando a outrem fato de que o sabe inocente bem como a instauração temerária de inquérito policial ou procedimento administrativo. Referida medida provisória também buscou possibilitar que o magistrado, em considerando a imputação manifestamente improcedente e desde que houvesse pedido da parte ré, condenasse ao pagamento de multa, nos mesmos autos, o agente público proponente da ação. Discorrendo quanto a esta situação, assim se posicionou o preclaro ALMEIDA:

O alvo principal do Governo foi certamente o Ministério Público, que é hoje o principal protagonista no combate aos atos de improbidade administrativa no País. A finalidade outra não foi senão a de intimidar a Instituição do Parquet, que estava a incomodar, com as suas investidas incessantes e legítimas contra a corrupção e contra os atos de improbidade administrativa, o poderio econômico dominador.

[...] Certamente em decorrência da pressão social e dos meios de comunicação – os quais pelo menos neste caso atuaram –, o Governo Federal, nas edições seguintes da malsinada medida provisória, acabou por recuar, republicando a medida provisória sem estabelecer a fixação da multa acima transcrita e sem configurar o ajuizamento de ação temerária como ato de improbidade administrativa, eliminando, conseqüentemente, a possibilidade de reconvenção para tais fins, reconhecimento da improbidade do autor da ação e a fixação de multa.⁵

A situação, envolvendo as investidas contra as ações coletivas, o que em realidade poderia ser traduzido como investidas contra o próprio Ministério Público, tem preocupado considerável parte de nossa doutrina, a qual não deixa dúvidas quanto a serem essas afrontas decorrentes do fato de tais ações constituírem poderoso instrumento de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, aparecendo o Ministério Público no pólo ativo da esmagadora maioria das ações diariamente propostas em nosso país.

A síntese mais evidente do que dizemos é muito

bem retratada pela nova redação dada à alínea “e” do inciso II do § 5º do artigo 128, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Como que num passe de mágica, suprimem a capacidade eleitoral passiva dos membros do Ministério Público (direito de ser votado). De cristalina inconstitucionalidade material, o objeto da Emenda, direito fundamental por excelência, é cláusula pétrea, logo, insuscetível de ser abolido por meio de reforma constitucional. Daí repercutirmos as precisas lições de Renato Franco de Almeida, Assessor Especial da Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, quando enfatiza que:

Fixadas as premissas necessárias, impende reconhecer que a EC n.º 45 – na medida em que abole os direitos políticos dos membros do *Parquet* – está maculada pela inconstitucionalidade, por extinguir direitos fundamentais através de Poder Constituinte Reformador.

Em compêndio, por se tratar de espécie de direito fundamental, faz-se mister referir que os direitos políticos estão imunes à eliminação por força de reforma que venha a ser operada na Constituição através do Poder Constituinte Derivado ou Reformador, em razão de estarem aqueles confinados no núcleo fixo do texto constitucional.

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que, ao contrário do quanto disposto na Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, **todos os membros do Parquet, independentemente da data de ingresso na Instituição, poderão exercer atividades político-partidárias nos limites que a lei de regência estabelecer, diante da cristalina inconstitucionalidade da alínea “e” do inciso II do § 5º do art. 128 da Constituição da República, na redação ofertada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.**⁶ (grifo nosso).

O Deputado Distrital Chico Leite, Procurador de Justiça licenciado, comentando a imposição desta *capitis deminutio*⁷ aos membros do Ministério Público, como que num desabafo, verbera: “*Num momento de luta contra a corrupção, tirar da política quem a combate é deixar o caminho livre para os corruptos.*”⁸

No mesmo sentido, em recente entrevista concedida ao jornal Correio Brasiliense, os Presidentes da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPGE) defendem a possibilidade de promotores e procuradores de justiça se licenciarem para concorrerem a cargos eletivos. O presidente da CONAMP, José Carlos Cosenzo, lembra que na época da Constituinte, quando o Ministério Público ganhou mais liberdade para trabalhar sem interferências políticas diretas, a bancada de membros do Ministério Público tinha quinze representantes. Hoje, há apenas três deputados da carreira na ativa: Dimas Ramalho (PPS-SP), Vieira da Cunha (PDT-RS) e Carlos Sampaio (PSDB-SP). No



Senado, há um único representante do Ministério Público, o senador Demóstenes Torres (DEM-GO). “A avaliação sobre o tema já foi dividida no MP. Mas hoje a possibilidade de membros exercerem atividade político-partidária tem apoio da maioria folgada no Ministério Público”, avalia Cosenzo. “Estamos perdendo espaço para outras carreiras”, acrescenta. “É legítimo que todos os setores da sociedade estejam representados no Congresso”, endossa o presidente da ANPR, Antonio Carlos Bigonha.⁹

Chegou o tempo de acordar. Quem está no poder segue com a certeza de que a sociedade está enganada nesta manipulação. A legislação vem sendo imposta com astúcia, sem que nos dêsemos conta dos interesses escondidos por detrás das cortinas. É momento de despertar e perceber que setores da política e do mercado manipulam leis, pessoas e instituições com o desiderato de conquistar ou manter seus impérios a qualquer custo.¹⁰ E não é por acaso que o *Parquet*, defensor da sociedade, é o alvo comum.

Isso posto, avaliamos que, para o Ministério Público firmar-se como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal) e ao mesmo tempo evitar possíveis retrocessos institucionais, imperiosa se faz sua efetiva representatividade política, em especial dentro do Congresso Nacional, pois como diz o poeta:

*Tu sabes, conheces melhor do que eu a velha história. Na primeira noite eles se aproximam e roubam uma flor do nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem: pisam as flores, matam nosso cão, e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a luz, e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E já não podemos dizer nada.*¹¹

3.1.3 A atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no combate aos crimes praticados por agentes políticos municipais^{1,2}

Normélia Miranda

Oficiala do Ministério Público de Minas Gerais

¹ Artigo apresentado ao curso de Graduação Tecnológica do Centro Universitário de Belo Horizonte (UNI-BH) como requisito parcial para obtenção do título de Tecnólogo em Gestão Pública. Orientadora: Thaís de Castro Magalhães.

² Texto revisado com a colaboração de Diogo Mesquita Maia.

Notas e referências bibliográficas:

¹ BARCELLOS, Rodrigo Alves. *A Criminalidade no Exercício de Cargos Públicos*, Órgão Oficial de Informação do Instituto de Ciências Penais – ICP, Ano III, n. 50, p. 4-5, set. 2004.

² Jornal do Senado, Ano XV, n. 3.002/214, Ed. Semanal, 20 a 26 de abril, Brasília, p. 7.

³ <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ff33c355ac62b67c8ebb91a5b0>>. Acesso em: 05 maio 2009.

⁴ DISRAELI, Benjamin. *The World is governed by very different personages from what is imagined by those who are not behind the scenes*, 1844.

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 597.

⁶ ALMEIDA, Renato Franco de. Atividade político-partidária por membros do Ministério Público: análise da alínea “e” do inciso II do § 5º do artigo 128 na redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Ano II, n. 8, p. 25-27, jan./fev./mar. 2007.

⁷ Para Savigny, significa diminuição ou enfraquecimento da capacidade. “A *capitis deminutio* media atinge a *civitas*, alterando, pois, o *status civitatis*, como por exemplo, no caso do cidadão romano que perde a cidadania, tornando-se peregrino, ou, como no caso dos bandidos, desterrados ou condenados a trabalho perpétuo em obras públicas.” (CRETELLA JUNIOR. *Curso de Direito Romano*. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1970. p. 76).

⁸ <http://www.conamp.org.br/index.php?ID_MATERIA=3062&busca=1>. Acesso em: 09 mar. 2009.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Vide o documentário *ZEITGEIST*, junho de 2007. Termo alemão que significa “espírito do tempo”.

¹¹ COSTA, Eduardo Alves da. *No Caminho, com Maiakovski*. Geração Editorial, 2003.

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar o resultado do trabalho do Ministério Público no que diz respeito à imposição de penalidades a prefeitos acusados de crimes contra a ordem pública, para comprovação da hipótese da necessidade da intervenção ministerial para garantir a supremacia do interesse público e o sucesso do modelo democrático. Para tanto, foi feito um levantamento de dados sobre a atuação da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais, além de entrevistas com o Procurador de Justiça Evandro Manoel Senra Delgado e o Promotor de Justiça Joaquim José Miranda Júnior, ambos pertencentes ao MP mineiro. A conclusão a que se chegou



é que o Ministério Público de Minas Gerais – com uma estrutura inovadora e especializada na apuração de denúncias de crimes de prefeitos – vem de fato desempenhando as atividades que lhe cabem constitucionalmente e cumprindo a sua função institucional, que é a de receber e investigar denúncias e adotar os procedimentos cabíveis na órbita do Poder Judiciário.

Introdução

A responsabilização de agentes políticos que tenham, de algum modo, lesado a fé e o patrimônio público ou, ainda, cometido crimes de todos os tipos usando do cargo que exerce é fato recente na história brasileira.

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a fiscalização e o controle dos atos de nossos agentes políticos passaram a ser intensificados. É essa autorização constitucional – em cuja base está o reconhecimento de que o Ministério Público tem legitimidade investigatória – que dá ao órgão ministerial o poder de investigar os crimes praticados por chefes do Poder Executivo municipal.

O objetivo do estudo é apresentar o resultado do trabalho do Ministério Público no que concerne à apuração e denúncia de crimes cometidos por prefeitos, para avaliar o que isso representa para a democracia e para a sociedade. Para tanto, será apresentada a forma de atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a descrição do desenho institucional da Procuradoria de Justiça com delegação para atuar nos procedimentos desse tipo. Serão ainda apresentadas estatísticas concernentes às duas gestões administrativas. Ao final, este artigo se propõe a estabelecer uma relação entre o aumento ou diminuição dos crimes cometidos por esses agentes e a atuação do Ministério Público.

Das atribuições do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na apuração dos crimes praticados por Agentes Políticos Municipais

A Procuradoria de Justiça no Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais (PJCCAP)³ foi criada através da Resolução PGJ n.º 37, de 26 de julho de 2000, pelo Procurador-Geral de Justiça. É composta de nove membros do MP, entre procuradores e promotores de Justiça, e, no corpo técnico, de 22 servidores – a quem a instituição oferece treinamento para aprimoramento contínuo. A PJCCAP é assistida ainda pelo Centro de Apoio Técnico (CEAT), órgão ministerial que conta com peritos em várias áreas especializadas, tais como engenheiros civis, químicos, médicos, contadores e economistas.

A primeira das atribuições da PJCCAP, integrada também por promotores de Justiça, é analisar qualquer tipo de notícia relatando fato típico dos crimes mencionados no Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 (que especifica claramente 23 delitos de prefeitos no seu artigo I), entre outros.

Por delegação do Procurador-Geral de Justiça, titular da ação, a Procuradoria de Justiça no Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais atua, exclusivamente, nos processos criminais de competência originária, denominados PCOs, cujo objeto seja a responsabilização de prefeitos.

Visando a maior isenção e possivelmente a mais serena aplicação da justiça, a Constituição da República prevê que determinados agentes políticos acusados da prática de crimes devem responder diretamente perante um órgão de segundo grau de jurisdição. Assim é que juízes, prefeitos, promotores de Justiça, entre outros, não podem ser denunciados no juízo de uma comarca, mas já no Tribunal de Justiça, órgão a quem, nesse caso, cabe o exame e julgamento do processo. É o que dispõe também o artigo 106, inciso I, alínea b, da Constituição estadual.

A PJCCAP tem atribuição para atuar nos inquéritos policiais envolvendo esses mesmos agentes públicos ou pode ela mesma, após o recebimento de representações, instaurar Procedimentos Investigatórios Criminais (PICs), para apuração de fatos criminosos atribuídos aos prefeitos que estão em pleno gozo do cargo e de fatos ocorridos em gestões anteriores, nos casos em que o prefeito tiver sido eleito novamente para o cargo.

Dessa forma, os processos, inquéritos e procedimentos administrativos passam a ser examinados pela Procuradoria de Justiça. A Procuradoria especializada atua somente na área criminal – crimes comuns e de responsabilidade, não tendo a atribuição de fazê-lo em casos de improbidade administrativa, os quais deverão ser analisados e processados pelo promotor de Justiça da comarca. A propósito, a Corte Superior do TJMG entendeu ser inconstitucional o § 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, que, com redação dada pela Lei n.º 10.628/2002, estendia o foro especial para os agentes políticos denunciados por improbidade.

Não há consenso quanto ao poder de investigação do Ministério Público. Por um lado, há quem entenda que a investigação ministerial representa desrespeito à autonomia do Executivo; por outro, há quem invoque, para justificá-la, o sistema de freios e contrapesos. Como bem esclarece o coordenador do Centro de Apoio Criminal do Ministério Público, promotor de Justiça José Miranda Júnior:

[...] de qualquer forma, a legislação também é dúbia, deixa lacunas para várias posições doutrinárias. É certo que a Constituição da República atribuiu ao Ministério Público a tarefa de promover, com exclusividade, a ação penal pública (art. 127, I), mas não há um preceito sequer dando ao *Parquet* o múnus de 'promover a investigação criminal'. Assim, há quem defenda estar implícito, nas funções do promotor de Justiça, a competência para investigar crimes, com base no brocardo latino 'quem pode o mais pode o menos'. Ou seja, se o promotor pode determinar que o delegado investigue, para depois denunciar criminalmente, o infrator da norma, poderia também investigar, ele mesmo, exclusiva ou supletivamente, quando o entendesse conveniente. Citam-se os casos

³ No Brasil, só o Ministério Público do Rio Grande do Sul conta com semelhante estrutura investigatória.



de pequenas delegacias de polícia do interior, onde, dada a omissão do Estado, o prefeito se responsabiliza pelo pagamento da gasolina das viaturas policiais, cede funcionários para atuarem como auxiliares na delegacia, paga o aluguel da casa do delegado de polícia; e, quando eventualmente vem a praticar um crime, colocado está o impasse. É muito natural que o delegado tenha alguma dificuldade, no mínimo por uma espécie de 'temor reverencial' ou receio, de ver cortadas as benesses até então recebidas. Justifica-se, desse ponto de vista, a presença do Ministério Público como órgão investigador em casos tais. O principal argumento de quem defende a idéia contrária é que, dada a presença do princípio da reserva legal⁴, não prevendo explicitamente a legislação que o Ministério Público 'pode' investigar, uma construção analógica a permitir essa 'ingerência do *Parquet* no serviço da polícia' estaria abalando as milenares regras penais e trazendo insegurança jurídica ao jurisdicionado. (Entrevista)⁵

Eis aí um argumento contundente sobre a necessidade de intervenção do órgão ministerial ainda no nível da investigação e do que a justifica. Contudo, este trabalho não está direcionado ao questionamento sobre a legitimidade da atuação do Ministério Público estadual em casos que envolvam crimes praticados por prefeitos municipais. Partindo-se da garantia constitucional atribuída ao órgão ministerial, estão sendo tratadas aqui a eficácia da atuação do Ministério Público e a relevância dessa intervenção para a busca da transparência e do avanço no processo democrático.

De qualquer forma, o controle da ação desses agentes políticos municipais é de competência privativa do Procurador-Geral de Justiça, observado o que dispõe a Constituição estadual, em simetria com a Constituição Federal, que, em seu artigo 127, define o Ministério Público como sendo instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Não há como contrariar a regra constitucional que atribui ao Ministério Público a defesa da supremacia do interesse público; e, no caso, isso significa atuar em favor da observância dos princípios informadores da administração pública, quais sejam, a legalidade, a moralidade, a publicidade, a finalidade, a eficiência, a presunção da legitimidade, a razoabilidade e a probidade. No dizer do Procurador de Justiça Evandro Manoel Senra Delgado, membro da PJCCAP:

Nossa sociedade não é mais uma sociedade dos anos 30, 40, 50, quando não era tão evidente a criminalidade organizada, o problema de meio ambiente, de consumo, de poluição que hoje temos. No século XXI, as necessidades da sociedade mundial mudaram, e em especial da brasileira, que pede socorro na defesa de seus direitos individuais e indisponíveis, na defesa de seus interesses difusos

⁴ Este princípio, previsto no artigo 1º do Código Penal, determina que nenhum fato praticado por alguém poderá ser considerado criminoso, a menos que exista norma previamente editada classificando-o como tal, não podendo haver, igualmente, nenhuma forma de punição ou cerceamento de liberdades e garantias não previstas de antemão na lei própria.

⁵ Informação verbal em entrevista realizada em 17 de outubro de 2008.

e no combate à criminalidade. E tirar de um órgão tão importante esse poder de investigação só beneficiará o administrador ímprobo, a impunidade, e prejudicará a sociedade, porque quando ocorre crime contra a administração pública, existe desvio do dinheiro público, existe o uso indevido da administração pública e quem é lesado é o povo, a sociedade e principalmente o cidadão miserável, que tem dificultado o acesso à satisfação de direitos humanos, pois o acesso à saúde, educação, moradia, alimentação é prejudicado, tendo em vista o desvio de verbas que deveriam existir para suprir tais faltas. (Entrevista)⁶

Da 1ª gestão administrativa da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais – PJCCAP

A primeira gestão administrativa da PJCCAP inicia-se com as eleições municipais de 2000 e compreende o período do mandato eletivo que vai de 2001 ao final de 2004. Criada a PJCCAP, em julho de 2000, com somente três membros (um procurador e dois promotores de Justiça), o objetivo era dar andamento aos procedimentos existentes, que até então estavam sob a responsabilidade do coordenador das Procuradorias de Justiça junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que tinha, à época, delegação para atuar nos feitos. Os trabalhos começaram logo em agosto, com o recebimento de aproximadamente oitocentos procedimentos – entre PICs e IPs. Era o final de uma gestão administrativa, e desse período não há dados registrados, pois até então não havia órgão específico para a função. O promotor de Justiça Cristóvam Joaquim Fernandes Ramos Filho descreve como era a atuação ministerial antes da criação da PJCCAP:

Anteriormente, os processos de competência originária, mais precisamente inquéritos policiais, eram analisados por assessores designados, por delegação, pelo Procurador-Geral de Justiça, os quais faziam as peças iniciais acusatórias, bem como as manifestações posteriores, sem, entretanto, subscrevê-las, havendo apenas a identificação do chefe do *Parquet*. Esses assessores atuavam no ajuizamento da ação penal, em inquéritos policiais ou em documentação que possibilitasse o oferecimento, de plano, da denúncia, havendo indícios suficientes. Inexistia qualquer investigação administrativa no âmbito do Ministério Público na esfera criminal. Posteriormente, passaram os assessores a assinar em conjunto com o Procurador-Geral, sendo designados procuradores de Justiça para se manifestar durante a instrução dos processos. Veio depois a designação de procuradores de Justiça que atuavam junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, para atuarem nesses processos, gerando, como consequência, dada a grande quantidade de procedimentos, o estrangulamento dessas manifestações. (RAMOS FILHO, 2006, p.249).

No início de atuação da PJCCAP, os órgãos de cobrança, fiscalização e investigação no âmbito criminal eram menos rigorosos e atuantes, comparados aos de hoje. Por outro lado, a forma de o administrador ímprobo praticar o crime não era

⁶ Entrevista realizada no dia 20 de maio de 2008.



tão elaborada, era mais simples e perceptível. Naqueles anos trabalhou-se muito com casos de licitações fraudulentas e compras inexistentes envolvendo notas fiscais inidôneas de empresas fantasmas, ou seja, os prefeitos mal-intencionados usavam desse artifício para desviar dinheiro. Essa espécie de irregularidade, para o Ministério Público, tornou-se facilmente identificável, pois como a Instituição, já àquela época, tinha acesso direto aos computadores da Fazenda Pública Estadual, bastava uma simples consulta aos bancos de dados disponíveis para descobrir a fraude.

Entre 2000 e 2004, a PJCCAP processou 4.203 feitos, entre PICS (2.931), IPs (554) e PCOs (718). Dentre os crimes tipificados no Código Penal brasileiro, no Decreto-Lei nº 201/67, na Lei nº 8.666/93 e outras legislações pertinentes, os que aparecem mais vezes, e que estão ligados diretamente ao exercício da função pública, são apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas, ausência de licitação ou fraude em licitação, prevaricação e falsidade ideológica. Há ainda delitos comuns, tais como crimes contra a pessoa, a honra, o costume, o patrimônio, entre outros.

Importante destacar que nem toda representação feita à PJCCAP gera um procedimento investigatório. Isso ocorre quando à denúncia à Procuradoria faltam elementos consistentes sobre a prática de crimes. Há casos, por exemplo, de representações pueris, que citam a desconfiança como fundamento – é o prefeito que trocou de carro, que comprou uma casa, é a família que está adquirindo bens. Convém lembrar, a propósito, o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, segundo o qual é necessário que a denúncia contenha a exposição do fato com todas as suas circunstâncias, como também a classificação do crime. Noutras vezes, o cidadão que toma conhecimento de delitos e os denuncia recua na hora em que se pede uma participação maior de sua parte no esclarecimento dos fatos, o que impede a celeridade dos PICS ou sua finalização satisfatória.

Por outro lado, uma representação pode gerar inúmeros PICS. Pode-se citar como exemplo a Operação 40 – que visava ao recolhimento de provas de fraude em licitações para compra de medicamentos ambulatoriais pelos municípios e enriquecimento ilícito de servidores públicos e empresários. Deflagrada no início de 2008 pela PJCCAP, com base em denúncia anônima feita no final de 2006, a operação mostrou indícios de fraudes e envolvimento de agentes públicos em 29 municípios do Estado, gerando acima de cem Procedimentos Investigatórios Criminais.

A tramitação de um PIC segue o disposto na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 14 de setembro de 2004, que regulamenta o art. 67, I, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994. De acordo com o art. 12 da resolução, que teve nova redação conferida pela Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 1, de 14 de fevereiro de 2008, o Procedimento Investigatório Criminal deverá ser concluído no prazo de noventa dias, permitidas, por igual período, prorrogações sucessivas, por decisão fundamentada do membro do Ministério Público responsável pela sua condução. Deve-se lembrar, porém, que o Código Penal brasileiro prevê prazos prescricionais em seu art. 109 e incisos, os quais deverão ser

respeitados por quem preside a investigação.

Todavia, às vezes, para chegar a uma conclusão sobre a autoria e ocorrência do crime, são necessárias prorrogações na fase investigatória (PIC e IP) e na fase de instrução processual, iniciada com o recebimento da denúncia. Dependendo do caso, do número de acusados e das várias possibilidades de interposição de recursos, os feitos podem durar anos.

O procurador de Justiça Evandro Senra explica que no julgamento de recebimento ou não da denúncia pelo Tribunal de Justiça não se analisa somente o seu aspecto formal, a lei permite já a discussão de mérito. Assim, muitas das vezes, o MP não consegue a instauração da ação penal, pois sua pretensão pode não ser acolhida antes mesmo do início do processo-crime. Ele ainda comenta sobre o descompasso entre o número de denúncias oferecidas e o de recebidas, afirmando que “são muito mais vencidos que vencedores” e que o entendimento do TJ difere do entendimento do MP na maioria das vezes. “Mas não é por isso que o MP deixará de exercer a sua função constitucional de iniciar a persecução criminal em face de administradores ímprobos num país em que a sociedade luta para melhorar a sua condição de vida”, acrescenta.

Um dado importante no período são os afastamentos cautelares – sete. Eles visam garantir que o processo instaurado contra a autoridade municipal não sofra interferências negativas durante o seu curso, ou seja, que não se venha a manipular a instrução processual ou esconder provas. A ocorrência disso indica, em tese, a prática de crimes, mas não há ainda a comprovação dos fatos, porque os processos estão em fase de instrução.

Ao final de 2004, dos números apresentados, restaram tramitando cerca de 1.200 PICS e IPs e 336 PCOs. Nos primeiros quatro anos, a PJCCAP conseguiu quatorze condenações de prefeitos, entre afastamento e perda de cargos – não houve a decretação de prisões. Os municípios mineiros que tiveram seus chefes do Executivo condenados foram: Alpinópolis, Araporã, Bocaiúva, Brasília de Minas, Guaraciaba, Januária, Liberdade, Lima Duarte, Monte Sião, Pedra Azul, Rio Vermelho, São Brás do Suaçuí, São Francisco e Virgínia.

Em relação ao número de condenações, 4% do total de PCOs em tramitação, o membro da PJCCAP Evandro Delgado diz que parece insignificante, mas é muito difícil lograr êxito na persecução criminal em face de agentes políticos municipais. Inegavelmente eles detêm o poder, eles são o poder”. O professor de Gestão Pública do Centro Universitário Belo Horizonte (Uni-BH) Wladimir Rodrigues Dias acrescenta que, além de fazerem uso do foro privilegiado, onde todo o procedimento é mais demorado, eles também têm mais dinheiro e, conseqüentemente, melhor defesa e maior acesso ao contraditório e à ampla defesa.

Da 2ª gestão administrativa da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais – PJCCAP

A 2ª gestão administrativa da PJCCAP abrange o



período de 2005 até o final de 2008. Os dados disponíveis mostram que, desde a criação da Procuradoria especializada, ali aportaram representações contra chefes do Executivo de 678 dos 853 municípios do Estado. De 2005 a 2008, foram feitas 2.014 representações à Procuradoria, instaurados 1.332 procedimentos, oferecidas 331 denúncias, recebidas 143, rejeitadas 81, e houve três condenações de prefeitos e, como na primeira, nenhuma prisão.

Percebe-se que, na segunda gestão da PJCCAP, caiu o número de procedimentos instaurados e ainda o de denúncias oferecidas e recebidas, e relação à primeira gestão. A distinção está no número de denúncias rejeitadas, que não houve uma redução, entende-se que o percentual de denúncias rejeitadas é superior em relação aos outros dados que tiveram uma queda, ou seja, relativamente há maior rejeição, pelo TJMG, às denúncias oferecidas pelo MP. Entende-se que, de certa forma, a criação de uma Procuradoria especializada, fiscalizadora e atuante, pode ter inibido o cometimento de crimes pelos prefeitos e, ao mesmo tempo, levado ao desenvolvimento de formas mais eficazes de esconder seus indícios.

O número de penalizações de agentes políticos na primeira gestão administrativa é quase cinco vezes maior que o da segunda – quatorze contra três. Uma possível explicação, como mencionado, é a de que antes os crimes eram mais fáceis de detectar. Como a fiscalização aumentou, mudou a forma de perpetrá-los e, em regra, não se usa mais o artifício das empresas fantasmas. Atualmente o mais comum é fraude em licitações com combinação prévia entre os administradores, prefeitos, servidores públicos, licitantes e integrantes de comissão licitante, e é intrincada a investigação, é crime organizado, de mais difícil detecção.

Entretanto, o MP também teve de mudar a sua forma de atuar, aprimorando-se. De acordo com o procurador de Justiça Evandro Senra, “é imprescindível, para lograr êxito nas investigações de crime organizado, a interceptação telefônica e a interceptação telemática”. É importante esclarecer que o MP não faz interceptação telefônica, que ocorre apenas com autorização do Poder Judiciário.

Conclusão

A Constituição da República, democrática que se propõe a ser, dotou o Estado de mecanismos de controle e fiscalização, inclusive dos chefes do poder executivo. Por sua vez, o Ministério Público é o órgão incumbido do relevante papel de buscar punição penal para aqueles que são acusados de eventualmente haver infringido a norma penal ou praticado alguma improbidade administrativa.

Os fatos tidos como ilegais chegam ao MP das mais diferentes formas: delação de populares, notícias da mídia, conhecimento pessoal do promotor ou procurador de Justiça e, especialmente, através de análise da contabilidade do município levada a efeito pelo Tribunal de Contas. Para poder ingressar com ação penal, o MP necessita de apurar o que se chama de materialidade e autoria.

Vários motivos existem para que um fato noticiado

como criminoso e que envolva prefeito não receba a esperada condenação pela Justiça. O Ministério Público pode não ter sido informado de sua ocorrência, como pode haver deficiência no que diz respeito à comprovação documental ou testemunhal – afinal, quem quer depor contra o prefeito? –, e ainda pode acontecer que seja fraco o lastro probatório apresentado pelo Ministério Público, que mesmo assim ingressa com a ação penal na esperança de obter melhores e mais sólidas provas durante a fase do desenvolvimento do processo. Nestas hipóteses, o Tribunal de Justiça pode abortar já de início o processo penal ou, ao final, chegar à conclusão de que não existem provas seguras de que o agente político haja praticado o crime pelo qual foi denunciado. O resultado é que o prefeito será fatalmente absolvido.

Mas não é só a deficiência de provas que leva o prefeito denunciado a ser contemplado com a absolvição. Existem inúmeros subterfúgios processuais legais de que se valem sábios e experientes advogados, hábeis na defesa do interesse de seu cliente.

Apesar disso, o Ministério Público de Minas Gerais – com uma estrutura inovadora e especializada na apuração de denúncias de crimes de prefeitos – vem desempenhando suas funções constitucionais e institucionais, recebendo, investigando e encaminhando ao Poder Judiciário procedimentos que contêm indícios de crimes de prefeitos contra a Administração Pública local.

Dessa forma, não obstante a boa vontade que geralmente motiva o Ministério Público, a triste realidade é que a impunidade grassa no assunto em questão. Crimes acontecem, mas poucas condenações existem. Quando chegam a existir, dificilmente são acompanhadas da tão desejada restituição ao erário dos polpudos valores auferidos pelos agentes políticos municipais.

Por fim, a se ter presente a lição de Kofi Annam, Ex-Secretário Geral das Nações Unidas⁷:

Quando desvia fundos destinados ao desenvolvimento, a corrupção fere desproporcionalmente ao pobre, mina, portanto, a capacidade dos governos de fornecerem serviços básicos, alimenta a iniquidade e a injustiça, e, por fim, desencoraja os investimentos e amparos internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. 11. ed. Belo Horizonte, 2005. 468 p.

BRASIL. *Decreto-lei nº 201*, de 27 de fevereiro de 1967. Crimes de Responsabilidade, Brasília, DF: D.O.U de 27 fev. 1967.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Brasília: Senado Federal [1993].

BRASIL. *Lei Complementar nº 101*, de 4 de maio de 2000. Lei

⁷ Disponível em: <http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao.html>. Acesso em: 31 out. 2008.



de Responsabilidade Fiscal. Brasília: Senado Federal [2000].

BRASIL. *Lei Federal nº 10.628*, de 24 de dezembro de 2.002. Altera redação do artigo 84 do CPP. Brasília: Senado Federal [2002].

BRASIL. *Lei Federal nº 8.038*, de 28 de maio de 1990. Regulamenta a instrução dos processos de competência junto aos Tribunais. Brasília: Senado Federal [1990].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 233.072-4/RJ, DJU 3.5.02.

COSTA, Tito. *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Marcelo Mattar. *Os Caminhos da Corrupção nos Descaminhos da Justiça*. 2006. 216f. Dissertação (Mestrado) – Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**: promulgada em 21 de setembro de 1989. Disponível em: <[\[brs?co1=e&d=NJMG&p=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/dirinjmg.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&l=20&r=1&f=G&s1=\\(constitui%E7%E3o+ou+ato\\).norma.+e+\\(1989+ou+1891+ou+1935+ou+1945+ou+1947+ou+1967\\).norma.&SECT8=TODODOC\]\(http://www.almg.gov.br/njmg/dirinjmg.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&l=20&r=1&f=G&s1=\(constitui%E7%E3o+ou+ato\).norma.+e+\(1989+ou+1891+ou+1935+ou+1945+ou+1947+ou+1967\).norma.&SECT8=TODODOC\)>. Acesso em: 18 out. 2008.](http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-</p></div><div data-bbox=)

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Crimes Funcionais de Prefeitos*: Decreto-lei 201/67. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RAMOS FILHO, Cristóvam Joaquim Fernandes. Da legitimidade da investigação criminal por parte do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – dos crimes praticados por prefeitos municipais e da criação de grupo especial pelo Procurador-Geral de Justiça. *Revista Jurídica do Ministério Público*, Belo Horizonte, vol. 6, p.249, fev./ago. 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Crimes Funcionais de Prefeitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SÍTIOS DA INTERNET

www.citador.pt/index.php

www.stj.gov.br

www.jusnavigandi.com.br

www.mp.mg.gov.br

www.mp.rs.gov.br

www.stf.gov.br

www.tjmg.gov.br

www.unodc.org.br

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.4.1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo, e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. 518p.

A obra traz a coletânea de vários trabalhos acadêmicos produzidos por professores e juristas da área do Direito Constitucional, reunidos a partir de encontro realizado na cidade de Fortaleza/CE. Segundo apresentação do compêndio:

O desejo comum dos pesquisadores é uma compreensão menos imprecisa da realidade que se tem diante dos olhos. Não se tratou apenas de questões abstratas, mas de problemas que representam desafios para o constitucionalismo contemporâneo, com especial enfoque nas complexas formas de manifestação das problemáticas de efetivação constitucional, fidelidade e atualidade do poder constituinte, interpretação constitucional e desenvolvimento econômico nas sociedades da periferia do capitalismo.

(...) Partindo de tal ponto de referência, os autores prepararam textos que discutiam os impactos atuais das tendências neoliberais nas sociedades que se organizam sob constituições dirigentes. Este tema ganha relevante contorno quando não se perde de vista que a redemocratização da América Latina, ocorrida na década de 1980, teve como elemento norteador a imposição de comandos constitucionais interventivos ao Estado, os quais conferiram uma nova qualidade



à dinâmica política destas sociedades, e ao funcionamento de suas instituições.

São vinte e seis textos de grandes nomes do Direito Constitucional pátrio sobre variados temas, em nível de profundidade teórica considerável. Vale a pena, portanto, a leitura dessa aprazível obra.

B) Artigos

3.1.4.2 GONTIJO, André Pires; SILVA, Christiane Oliveira Peter. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o *decision-making* como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Constitucional e Internacional (cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política), Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 16, n. 64, p. 35-87, jul./set. 2008.

Trata-se de um excelente estudo, com farta e especializada referência bibliográfica e jurisprudencial, acerca da construção do papel do *amicus curiae*, como garantia institucional, no processo constitucional desenvolvido no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Conforme ponderam os autores:

Busca-se iluminar os caminhos teóricos a partir do sentido do processo constitucional proposta pela doutrina de J. J. Gomes Canotilho, bem como demonstrar a evolução do STF para uma jurisdição Constitucional Autônoma, conforme a doutrina de Peter Häberle. O estudo do processo constitucional nas legislações nacionais e nos aspectos dos procedimentos inerentes às Cortes Constitucionais possibilitou uma comparação frutífera entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e o STF, demonstrando o modelo teórico de institutos utilizados no âmbito comum, como as novas conformações do *stare decisis* e a participação do *amicus curiae* na influência dos resultados nos julgados, manifestando-se na alteração do comportamento dos magistrados. Verifica-se que o desenvolvimento do processo constitucional no Brasil necessita de um debate acurado e sofisticado, no que diz respeito à funcionalidade do Estado Constitucional, de natureza aberta e pluralista, na linha proposta por Peter Häberle (p. 36).

Com efeito, o artigo investiga inicialmente o processo constitucional no âmbito da Suprema Corte americana, abordando temas como: a crescente participação de *legal scholars* no cotidiano da Suprema Corte, alguns apontamentos propedêuticos do *stare decisis* no contendo do *decision-making* (e seus efeitos substanciais na evolução da doutrina constitucional), além de trazer referências a uma pesquisa empírica acerca da participação do *amicus curiae* na experiência jurisdicional americana.

Na segunda parte, o texto aborda a construção do processo constitucional perante o STF, as características que o definem como jurisdição constitucional autônoma, a abertura do processo constitucional no Brasil mediante a interpretação da Constituição pelo cidadão e por setores mais amplos da sociedade civil.

Por fim, o artigo trabalha especificamente com a temática proposta, o *amicus curiae*, trazendo suas origens, sua natureza jurídica de garantia institucional em defesa dos interesses da sociedade aberta e plural de intérpretes, a participação do *amicus curiae* nos processos de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, nos processos de edição de súmula vinculante, advertindo, ainda, sobre a necessidade de construção de uma cultura de *amicus curiae*.

3.1.5 Jurisprudência da área

3.1.5.1 TJMG, 4ª Câmara Cível. *Delegação de Serviço Público. Transporte Coletivo. Ausência de Licitação. Equilíbrio econômico-financeiro*

EMENTA: TRANSPORTE COLETIVO - SERVIÇO PÚBLICO - PERMISSÃO OU CONCESSÃO - AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - INOBSERVÂNCIA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO BUSCADO RESSARCIMENTO DE VALORES - INVIABILIDADE DE SE ATRIBUIR EFEITO JURÍDICO AO "CONTRATO"-AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO E DE DENUNCIÇÃO DA PERMISSÃO - ACEITAÇÃO TÁCITA. Para a validade da outorga da permissão ou concessão de serviços públicos (aqui o transporte coletivo), bem como o reconhecimento do direito à manutenção do equilíbrio financeiro dela decorrente (recomposição dos valores das tarifas de transporte), torna-se indispensável a prévia licitação. Se falta a licitação, - esta pressuposto básico da licitude dos contratos administrativos-, não fica assegurada sua validade, pois as relações contratuais entre o particular e o Poder Público exigem rigorosa observância do princípio da legalidade. Violado este, deixa de haver direito a ser amparado em prol de qualquer dos contratantes. Em suma, à falta de prévia licitação, não há como garantir-se a pretendida manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que dela haveria de



advir, devendo o contratante (permissionário ou concessionário), - tida em conta a supremacia do interesse público sobre o particular-, suportar os ônus decorrentes de sua falta (dela, licitação prévia). Ademais, por constituir manifesta ilegalidade a beneficiá-lo, sequer pode invocar boa-fé. Todavia, nada impede a denúncia da “permissão/concessão”, se não mais convier ao contratado a continuidade da prestação dos serviços. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0000.00.333667-4/000, Rel. Hyparco Immesi, j. 14.04.2005, DJ 01.07.2005).

3.1.5.2 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Disponibilidade de recursos financeiros do ente federado em banco privado*

EMENTA: 1- ADMINISTRATIVO - CONVÊNIO - CELEBRADO ENTRE MUNICÍPIO E PARTICULAR - BRADESCO - OBJETIVOS COMUNS - VANTAGENS RECÍPROCAS - DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO. O convênio deve reger as relações nas quais os interesses das partes estejam equiparados, de forma que a cooperação mútua se aplique para a obtenção de resultados comuns. É o que diferencia o convênio do contrato. Este último visa reger relações nas quais os interesses dos acordantes são conflitantes. A formação de convênio não depende de prévio procedimento licitatório, diferencialmente dos casos em que for celebrado contrato público, quando a lei o exigir. 2 - BRADESCO - PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ADQUIRENTE DE CONTROLE ACIONÁRIO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL - DEPÓSITOS DE RECURSOS MUNICIPAIS - POSSIBILIDADE, SEM LICITAÇÃO, ATÉ O FINAL DO EXERCÍCIO DE 2010. O art. 164, § 3º, da CR, é expresso ao determinar que os recursos municipais serão depositados em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. A MP 2.192-70/01, 24 de agosto de 2001, com força de lei federal e em vigor conforme art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, constitui a ressalva prevista no art. 164, § 3º, da CR/88. A referida MP 2.192-70, estabeleceu no seu art. 4º, § 1º, que as disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do poder público e empresas por eles controladas poderão ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010. O BRADESCO adquiriu em processo de privatização o controle acionário do Banco de Crédito Real, entidade financeira estatal, estando incluído na permissão prevista na MP 2.192 referida no item anterior. v.v. O ajuste celebrado entre instituição financeira privada e a Municipalidade cujo objeto é a manutenção de contas-salários dos servidores, bem como a arrecadação de tributos e pagamento de fornecedores de bens, serviços e insumos não traduz mero convênio, mas sim verdadeiro contrato administrativo que deve ser subordinado à prévia licitação.. (TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0153.03.027625-4/005, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 18.09.2007, DJ 09.10.2007).

3.1.5.3 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Improbidade administrativa. A lesão a princípios administrativos previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETARDAMENTO OU OMISSÃO DE ATO DE OFÍCIO. INSISTENTE INVASÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE AUTORIDADE DE TRÂNSITO. CANCELAMENTO ARBITRÁRIO DE MULTAS. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DIRETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Viola o princípio da legalidade, assim como o disposto no art. 11, inc. II, da Lei Federal n. 8.429/1992, o arquivamento arbitrário de inquérito policial pelo Delegado de Polícia Civil, por caracterizar retardamento ou omissão de ato de ofício, qual seja, o processamento regular do inquérito policial. A insistente invasão nas atribuições da autoridade de trânsito municipal por Delegado da Polícia Civil, com o cancelamento arbitrário de multas, caracteriza ato ímprobo, mormente quando os atos importam em inobservância dos princípios da moralidade e da impessoalidade. A lesão a princípios administrativos previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. A ação civil pública, ao coibir o dano moral, é própria para censura a ato de improbidade, mesmo que não haja lesão aos cofres públicos. (Precedente do STJ: REsp n. 261.691 - MG). (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0713.05.053005-2/001, Rel. Des. Maria Elza, j. 12.02.2009, DJ 02.03.2009).

3.1.5.4 STF, Pleno. *Transmissão e gravação de depoimento em CPI. Direito à privacidade*

EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos.

Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. (STF, Pleno, MS 24832 MC / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.03.2004).



3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Decreto nº 6.640/2008: Patrimônio Espeleológico Brasileiro sob ameaça

Marcos Paulo de Souza Miranda

*Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais
Membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais
Especialista em Direito Ambiental
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais
Professor de Direito Processual Ambiental
Secretário-Geral da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente
Autor do livro Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*

Como sabido, o patrimônio espeleológico (do grego *spelaiion* = caverna) é constituído pelo conjunto de ocorrências geológicas que criam formações especiais e cavidades naturais no solo, tais como grutas, cavernas, lapas, abrigos sob rochas etc., considerados bens da União a teor do disposto no art. 20, X, da Constituição Federal brasileira.

A proteção das cavernas é de fundamental importância, tanto sob o ponto de vista do patrimônio cultural (comumente nelas se encontram vestígios arqueológicos e paleontológicos) quanto do ponto de vista do meio ambiente natural (recarga de aquíferos, rios subterrâneos e lençóis freáticos; abrigo para espécies animais ou vegetais endêmicas e ameaçadas de extinção; proteção de minerais raros e formações de grande beleza cênica).

O Decreto Federal nº 99.556/90 estabeleceu regime jurídico próprio para a proteção de cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional (art. 1º), para as suas áreas de influência (art. 2º) e para áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico (art. 3º). Assim, as cavernas e as áreas já referidas foram alçadas à categoria de espaços territoriais especialmente protegidos, ao abrigo do que dispõe a Constituição Federal brasileira em seu art. 225, § 1º, III, sendo a sua supressão **permitida somente através de LEI**.

Entretanto, em 7 de novembro de 2008, foi editado o Decreto nº 6.640, que alterou de maneira significativa o quadro de proteção do patrimônio espeleológico brasileiro, reduzindo drasticamente o *status protetivo* então existente, na medida em que:

a) Dispensa (art. 5º, a) do processo de licenciamento ambiental os estabelecimentos situados em áreas de potencial

espeleológico (as áreas que, devido à sua constituição geológica e geomorfológica, sejam suscetíveis do desenvolvimento de cavidades naturais subterrâneas, como as de ocorrência de rochas calcárias), o que antes era exigido pelo art. 3º do Decreto nº 99.556/90;



b) Permite a destruição de cavidades consideradas como de “baixa relevância” sem nenhum tipo de compensação patrimonial ou ambiental (art. 4º, § 5º);

c) Permite a destruição de cavidades com base em critérios não corroborados pelos cientistas e especialistas na área, pelo próprio Centro Nacional de Estudo, Proteção e Manejo de Cavernas – CECAV (que se manifestou veemente contra a proposta por meio da Nota Técnica nº 065/2008/CECAV) e sem nenhuma discussão com a sociedade.

Ora, se são desejáveis aperfeiçoamentos no regime jurídico protetivo das cavidades naturais subterrâneas, qualquer mudança em tal sentido deve necessariamente respeitar o ordenamento jurídico vigente e ser subsidiada por fundamentos científicos, contando com a participação dos órgãos técnicos responsáveis e da sociedade como um todo.

Segundo dados da Sociedade Brasileira de Espeleologia, com o novo regramento, 70% das cavernas brasileiras correm o risco de desaparecer, o que constitui uma ameaça sem precedentes ao meio ambiente e ao patrimônio cultural de nosso país, cujas origens se prendem a pressões econômicas e políticas, levadas a efeito por empreendimentos (mormente mineradores e produtores de energia elétrica), numa ação claramente voltada para a indução de um desenvolvimento econômico sem controle ou compromisso com a preservação de valores constitucionalmente protegidos, tais como o meio ambiente e o patrimônio cultural, o que revela menosprezo ao princípio do desenvolvimento sustentável, consagrado pelo art. 170, V, do texto magno vigente.

Ante o exposto, não resta dúvida que a recente alteração da proteção às cavidades naturais subterrâneas e suas áreas de influência e às áreas de ocorrência de cavidades ou de potencial espeleológico (todas expressamente protegidas pelo Decreto nº 99.556/90), colocando em risco mais de 70% do patrimônio espeleológico brasileiro, **não poderia se dar por meio de decreto, mas somente por meio de lei, como exigido pela Constituição Federal em seu art. 225, § 1º, III**. Dessa forma, o decreto recentemente editado é flagrantemente inconstitucional.

Não bastasse esse aspecto, o Decreto nº 6.640/2008 representa, no contexto da ordem jurídico-ambiental brasileira, um inegável retrocesso socioambiental (há

evidente redução ou retrogradação do nível de proteção que, até então, revestia o patrimônio espeleológico brasileiro), o que também é vedado, pois a doutrina constitucionalista censura a aniquilação de conquistas protetivas, de forma que a tutela normativa deve se operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de não retroceder jamais a um nível de proteção inferior àquele já alcançado.

Dita norma está na contramão de toda uma tendência, não só nacional mas mundial, de evitar e coibir danos ambientais, sobretudo relacionados a bens de valor cultural e, como tais, irrepetíveis e irreproduzíveis.

Ademais, se as cavidades são consideradas bens da União por força do texto constitucional (art. 20, X), jamais o decreto poderia autorizar a supressão delas sem o estabelecimento de medidas compensatórias de cunho patrimonial e ambiental, definidas com base em critérios técnicos objetivos, que assegurem o efetivo ressarcimento aos cofres públicos (no que tange ao aspecto patrimonial) e as correspondentes medidas compensatórias de cunho ambiental e cultural.

O diploma em comento, como editado, assegura verdadeiro enriquecimento sem causa aos empreendedores, que poderão destruir o patrimônio espeleológico brasileiro sem nenhuma contrapartida financeira ou ambiental.

Tendo em vista o que foi acima exposto, em 26 de novembro de 2008, a Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA), com base em estudo jurídico elaborado por Ana Maria Moreira Marchesan (Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul),

José Eduardo Ramos Rodrigues (Advogado da Fundação Florestal do Estado de São Paulo), Marcos Paulo de Souza Miranda (Promotor de Justiça coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais), Sandra Cureau (Subprocuradora-Geral da República, Coordenadora da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal), Zani Cajueiro Tobias de Souza (Procuradora da República em Minas Gerais), todos especialistas na defesa do meio ambiente e patrimônio cultural, representaram ao Procurador-Geral da República, Antônio Fernando dos Santos, requerendo a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) em face do malfadado decreto.

Em 10 de março de 2009, o Procurador-Geral da República propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, ADIN em relação ao Decreto nº 6.640, de 7 de novembro de 2008. A ação, com pedido de cautelar para suspender o ato impugnado, recebeu o número 4.218 e foi distribuída ao ministro Eros Grau, que, em 16 de março, entendeu que “*A hipótese reveste-se de indiscutível relevância*” e, por isso, já determinou a oitiva do Presidente da República sobre a ADIN em 10 dias. Em seguida serão ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Após, o processo será submetido ao Plenário do STF para decisão.

Assim, encontra-se nas mãos da Suprema Corte Brasileira o futuro do valioso patrimônio espeleológico de nosso país.

Espero que nessa importante seara de proteção de nossos valores ambientais e culturais não voltemos ao “*tempo das cavernas*”.

3.2.2 Monumento natural: bases jurídicas gerais e forma de criação

Luciano José Alvarenga

Bacharel em Direito (UFMG)

Mestrando em Evolução Crustal

e Recursos Naturais (Dep. de Geologia, UFOP)

Assessor Técnico do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAO-MA)

ljalvarenga@mp.mg.gov.br

Apresentam-se as características gerais do monumento natural, como categoria de unidade de conservação da natureza pertencente ao grupo das Unidades de Proteção Integral, instituída pela Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

Consoante a essa lei, uma unidade de conservação categorizada como monumento natural tem como objetivo básico “[...] preservar sítios naturais raros,

singulares ou de grande beleza cênica” (art. 12, *caput*). Tendo em vista que concernente ao grupo das Unidades de Proteção Integral (*cf.* art. 8º, inc. IV), um monumento natural tem como objetivo geral, de fato, *preservar* a natureza, sendo admitido em seu âmbito territorial, tão-somente, o uso indireto dos seus recursos naturais (*cf.* art. 7º, §1º). Segundo o regramento fixado pela lei federal, a proteção integral há de se resolver na “[...] manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos recursos naturais” (art. 2º, inc. VI). Ou seja, aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, de tais recursos (art. 2º, inc. IX). Neste marco, importa referir que o emprego do verbo “*preservar*”, pelo dispositivo que estabelece o conceito legal de monumento natural, não provém do mero acaso. Em realidade, o uso de tal expressão pelo legislador faz com que esse conceito guarde congruência teórica com a disciplina jurídica aplicável à referida categoria de unidade de conservação. É que, ao contrário do que se propaga no âmbito do senso comum, o conceito de preservação difere, quanto à intensidade de seu



significado ecológico, do de conservação, pois concerne à imposição de restrições em face de qualquer uso capaz de modificar a estrutura natural original de um ecossistema, de uma área geográfica definida ou de espécies animais e/ou vegetais ameaçadas de extinção.¹

De acordo com o art. 12, §1º, da Lei nº 9.985/2000, um monumento natural pode ser constituído por *áreas particulares*, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade de conservação com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários. Se houver incompatibilidade entre os objetivos da área e as atividades privadas ou se não houver aquiescência dos proprietários quanto às condições propostas pelo poder público relativamente ao uso da propriedade, a área em que se situa o monumento natural deverá ser desapropriada (cf. art. 12, §2º).

Discute-se a respeito da *forma* adequada para criação de um monumento natural. Podem advir questionamentos, de fato, em torno da legitimidade de cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) instituir tal unidade de conservação. Contudo, por mais debates teóricos que o tema possa vir a gerar, a sobredita lei federal prevê que as unidades de conservação, em geral, serão “[...] criadas por ato do Poder Público” (art. 22, *caput*). “Consequência dessa obrigação imposta ao ‘Poder Público’”, explica Benjamin, “[...] é que não só o legislador ordinário, mas igualmente o administrador e o juiz têm o dever-poder de salvaguardar a natureza, aquele com o uso de instrumentos como o decreto e a resolução, este pela via da sentença”.² Trata-se de uma interpretação, aliás, compatível com a Constituição de 1988, cujo art. 225, §1º, inc. III, que se refere aos “[...] espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”, “[...] não exige lei em sentido estrito para a criação de unidade de conservação. Basta, no caso da administração pública, decreto ou resolução, ficando o Poder Público, em qualquer caso, obrigado a indenizar o proprietário, na hipótese de a restrição inviabilizar os usos econômicos de *toda* a propriedade, como sucede, normalmente, com as unidades de proteção integral”.³

No plano factual, não são raros, a propósito, os casos de monumentos naturais criados mediante decreto do Poder Executivo. Mencionem-se, como exemplos, o Decreto nº 26.578/2006, do Município do Rio de Janeiro, que declarou o Conjunto dos Morros do Pão de Açúcar e Urca como monumento natural, e o

Decreto nº 44.120/2005, do Governo de Minas Gerais, que atribuiu a mesma qualificação ao sítio histórico-científico Gruta de Maquiné, criando o Monumento Estadual Natural Peter Lund, localizado no Município de Cordisburgo.

É importante salientar que o art. 225, §1º, inc. III, da Constituição de 1988, já mencionado, consiste no fundamento jurídico-normativo cardeal para a criação de unidades de conservação, pois preceitua caber ao poder público (N.B.: integrado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justificam sua proteção”. Ademais, pode ser mencionado o inc. I, dos mesmos parágrafo e artigo, que atribui ao poder público o dever de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. Pode-se fazer referência, igualmente, ao inc. VII, concernente ao dever atribuído ao Poder Público de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Por outro ângulo, a criação de um monumento natural, susceptível, por sua origem, ao regramento fixado pela Lei nº 9.985/2000, pode consistir em reconhecimento formal do valor cultural de determinado ecossistema ou área geográfica. Com efeito, a Constituição de 1988 declara que constituem patrimônio cultural brasileiro “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (art. 216, inc. V). Sob essa perspectiva, a criação da referida unidade de conservação da natureza enquadrar-se-ia na noção de “outras formas de acautelamento e preservação” a que alude o art. 216, §1º, do texto constitucional em vigor.

Por derradeiro, é relevante observar que a criação de uma unidade de conservação categorizada como monumento natural deve ser precedida por *estudos técnicos e consulta pública* que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade (Lei nº 9.985/2000, art. 22, §2º). Apenas a criação de uma estação ecológica ou reserva ecológica não requer a aludida consulta pública (art. 22, §4º).

Em linhas gerais, esses são os principais elementos da disciplina jurídica do monumento natural, unidade de conservação do grupo de proteção integral, instituída pela Lei nº 9.985/2000.

¹ LIMA-E-SILVA, Pedro Paulo de; GUERRA, Antonio J. T.; MOUSINHO, Patrícia; BUENO, Cecília; ALMEIDA, Flávio G. de; MALHEIROS, Telma; SOUZA JR., Álvaro Bezerra. *Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Thex, 2002. p. 190.

² BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman. (Coord.). *Direito Ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 303.

³ BENJAMIN, Antônio Herman. *Op. cit.*, p. 303.



3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.3.1 FREITAS, Gilberto Passos de. (Org.). **A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria ambiental – Tomo II.** Campinas: Millenium, 2009. 269 p. (Série Verde).

Trata-se de ótima pesquisa jurisprudencial feita no banco de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre variados temas ligados ao direito ambiental.

É uma obra extremamente completa e rica quanto ao seu conteúdo, tanto pela vasta extensão dos tópicos abordados quanto pelo imenso número de arestos colacionados ao longo do texto, potencializando a pesquisa jurídica e consolidando-se como hábil ferramenta de trabalho.

A sistematização do livro é seu ponto forte. Dividida por assuntos, o leitor/pesquisador terá enorme facilidade de encontrar, com precisão, a orientação jurisprudencial em matéria ambiental do tribunal paulista nos mais diversos aspectos, cuja utilidade e pertinência revelam-se indubitáveis.

B) Artigos

3.2.3.2 CARVALHO, Patrícia Luciane de. **O direito da propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade nacional.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 14, n. 54, p. 254-269, abr./jun. 2009.¹

O artigo adverte sobre a imperiosa necessidade de conferir proteção jurídica à biodiversidade brasileira, sobretudo em face de ações relacionadas à biopirataria. Explica a autora:

Acredita-se hoje que as chances de descoberta estejam diretamente relacionadas à riqueza da biodiversidade. O Brasil conta com 22% de toda a biodiversidade vegetal de todo o mundo, o que faz da nossa flora nativa uma das mais ricas fontes de substâncias com potencial farmacológico.

(...)

A despeito de acordos estabelecidos, dezenas de plantas nativas do Brasil, e utilizadas na medicina tradicional, vêm sendo estudadas em outros países, e os produtos desenvolvidos vêm sendo patenteados.

Na maior parte das vezes, essas patentes são obtidas por meio da ação conhecida como biopirataria. A biopirataria é caracterizada pelo contrabando de materiais biológicos e a apropriação dos conhecimentos das populações tradicionais, sem o consentimento das autoridades nacionais. O avanço dos processos em biotecnologia, a facilidade de se registrarem marcas e patentes em instituições internacionais, têm estimulado e promovido uma verdadeira corrida em busca de recursos naturais patenteáveis (p. 255-256).

Assim, ao longo do texto, são explicadas várias questões ligadas ao tema, como a legislação nacional e internacional aplicáveis ao caso, exemplos de plantas nativas que contam com produtos registrados na Anvisa e/ou patenteados no INPI, sobretudo por empresas estrangeiras, entre outros.

Ao final, Luciane Carvalho aponta algumas recomendações e conclusões específicas a fim de coibir a atividade ilícita da biopirataria em âmbito nacional.

¹ Artigo recomendado por Marcos Paulo de Souza Miranda, Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Público Cultural e Turístico de Minas Gerais.

3.2.4 Jurisprudência da área

3.2.4.1 TJMG, 6ª Câmara Cível. *Descumprimento de obrigação de fazer fixada judicialmente. Aplicação de multa diretamente em face do agente público*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ORDINÁRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ESTADO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - ANTECIPAÇÃO MANTIDA - MULTA DIÁRIA - APLICAÇÃO AO RESPONSÁVEL PELO DESCUMPRIMENTO. 1- Existindo prova inequívoca hábil a convencer o juiz da verossimilhança da alegação, aliada à comprovação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito da parte, defere-se a antecipação da tutela. 2- A multa cominada pelo descumprimento de obrigação de fazer deve ser aplicada não ao ente público, mais sim ao agente político ou a qualquer pessoa a quem incumba



cumprir a ordem judicial.

(...)

Finalmente, a multa cominada pelo descumprimento de obrigação deve ser decotada.

Com efeito, segundo o disposto no art. 14, V, do CPC, as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo têm o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. A violação dessa norma legal constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, “podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

Desse modo, ante o não cumprimento da ordem mandamental, o que o juiz deve fazer é aplicar multa ao responsável pelo cumprimento da ordem judicial, sem prejuízo de ser processado por crime de desobediência.

Não cabe, portanto, a imposição de multa ao ente público pelo eventual não cumprimento da ordem mandamental, mas sim ao agente público que, estando obrigado a cumpri-la, não o faz. (TJMG, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0439.08.084918-5/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 31.03.2009, DJ 29.05.2009).¹

3.2.4.2 STJ, 1ª Turma. *Promoção pessoal. Utilização de frases de campanha eleitoral no exercício do mandato. Improbidade administrativa.*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. 1. Cuidam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de José Cláudio Grando, à época Prefeito Municipal de Dracena/SP, objetivando, em síntese, a sua condenação nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92 por suposta utilização irregular das frases “Dracena Todos por Todos Rumo ao Ano 2000” e “Dracena Rumo ao Ano 2000” em fachadas de órgão públicos municipais, veículos e placas de inauguração, uniformes dos alunos das escolas e creches públicas, jornais da região, carnês de pagamento de tributos e publicações especiais. Sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido para suspender os direitos políticos do réu pelo período de três anos, proibi-lo de contratar, receber benefício, incentivos fiscais ou creditícios, diretos ou indiretos, junto ao poder público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo mesmo prazo, bem como para condená-lo a pagar o equivalente a dez vezes sua atual remuneração, a título de multa civil e a ressarcir ao Município os gastos comprovadamente efetuados com recursos públicos na inserção da expressão e símbolo de sua campanha eleitoral em bens e atos da administração, a serem liquidados no momento oportuno, bem como a arcar com as custas e eventuais despesas processuais, extinguindo o processo nos termos do art. 269, inciso I, do CPC. O réu interpôs apelação a fim de que fosse julgado improcedente o pedido do apelado com a inversão dos ônus processuais aduzindo, preliminarmente, a incompetência absoluta do Juízo monocrático por considerar que o TJSP seria o competente para julgar o feito e carência de ação por considerar que, em sede de ação civil pública, é descabido o pedido de eventual reparação por danos ao erário em virtude de ato de improbidade administrativa. No mérito, aduziu ausência de prova do dano, cerceamento de defesa e que a sentença não apreciou a contestação. O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso. Insistindo pela via especial, fundamentado nas alíneas “a” e “c”, aponta o réu violação dos artigos 267, IV, do CPC, e 11, caput e inciso I, e 12, ambos da Lei nº 8.429/92. Requer seja decretada a extinção do processo sem julgamento do mérito em virtude de carência de ação ou seja reconhecida a improcedência do pedido formulado na exordial. Contra-razões apresentadas. Recurso extraordinário interposto concomitantemente, tendo sido contra-arrazoado. Juízo positivo de admissibilidade apenas ao recurso especial no que concerne à alínea “c” do permissivo constitucional. Houve interposição de agravo de instrumento em relação à alínea “a”. O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo improvimento do recurso especial. 2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele. 3. A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as

¹ Material gentilmente enviado pelo Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda, DD. Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais.

bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura “condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material” (Wallace Paiva Martins Júnior, “Probidade Administrativa”, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002). 4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. 5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior. 6. A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, “na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver...” (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material. 7. A infringência do art. 12 da Lei 8.429/92 não se perfaz. As sanções aplicadas não foram desproporcionais, estando adequadas a um critério de razoabilidade e condizentes com os patamares estipulados para o tipo de ato acoimado de ímprobo. 8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido. (STJ, 1ª Turma, RESP 695718/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 12/09/2005, p. 234).

3.2.4.3 TJMG, 5ª Câmara Cível. Defesa do meio ambiente. Celebração de termo de ajustamento de conduta. Falta de interesse de agir na interposição de eventual recurso no bojo de ação civil pública pela empresa celebrante

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - “TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA” - ATIVIDADE DEGRADADORA DO MEIO AMBIENTE - RECORRENTE - ACEITAÇÃO - PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM A VONTADE DE RECORRER - NÃO CONHECIMENTO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 499 E 503, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. Tendo sido celebrado “Termo de Ajustamento de Conduta” entre Autor e Réu da Ação Civil Pública, ajuizada com o intuito de impedir a continuidade de atividade degradadora do meio ambiente, é de se não conhecer do recurso de Agravo de Instrumento interposto, posto que, ao aceitar os termos de tal Ajustamento, a Recorrente pratica ato incompatível com a vontade de recorrer, evidenciando seu desinteresse, nos termos da Lei de Regência. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0000.00.324565-1/000, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 23.09.2004, DJ 22.10.2004).

3.2.4.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. No microsistema de tutela ambiental, em virtude dos princípios da precaução e preservação, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. No microsistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio-ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio-ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Claraval em tratar adequadamente do lixo urbano, importa em flagrante violação ao meio-ambiente e, por consequência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 da CF. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazê-lo, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda sociedade. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Claraval de preservar o meio ambiente. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Claraval, seja porque a pretensão social de um meio ambiente equilibrado, preservado e protegido se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0297.04.910503-6/001, Rel. Des. Maria Elza, j. 14.10.2004, DJ 05.11.2004).



3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 A boa-fé e sua aplicação

Matheus Campolina Moreira
Advogado em Belo Horizonte

1. Introdução

A boa-fé é um conceito complexo que pode ser encarado tanto como fato como um princípio geral de direito.



A boa-fé, como fato, origina-se no meio social, ela é um dado. Trata-se de mecanismo, de uma estrutura fundamental, da qual o Direito se apropria, acrescentando-lhe elementos com o intuito de intervenção ou conformação dos parâmetros sociais.

A boa-fé essencial consiste em um valor moral do indivíduo que o utiliza com o intuito de não prejudicar outrem em suas relações com o meio. Assim, um indivíduo possui determinado valor moral que motiva sua conduta. Em uma concretização daquele valor moral, o indivíduo pauta seu comportamento por determinados parâmetros sociais. Tais parâmetros são externos ao indivíduo e servem como pontos de referência que orientam a ação do indivíduo em cada situação específica e que uniformizam as ações de todos os indivíduos do grupo, dando uma direção às transformações do meio social como um todo.

Um outro indivíduo que conhece referidos parâmetros sociais cria a expectativa de que aquele primeiro está de boa-fé e que agirá segundo tais parâmetros. Ele confia naquele indivíduo. Se o primeiro indivíduo agir conforme os parâmetros sociais objetivos, o segundo indivíduo terá sua expectativa realizada e continuará confiando no primeiro. Se, ao contrário, o primeiro indivíduo não agir conforme os parâmetros sociais, seja com a intenção de contestação, seja por ignorância ou erro daqueles parâmetros, o segundo indivíduo perderá sua confiança no primeiro e, ao comunicar aquela frustração aos demais membros daquele meio social, desencadeará uma reação à “má-conduta” do primeiro indivíduo. Este ficará desacreditado no meio, perderá espaço dentro dele¹. Assim, o sistema social garante uma certa previsibilidade nas condutas individuais e ao mesmo tempo a realização de certos valores e crenças do meio social.

¹ O indivíduo pode ser isolado, recriminado, discriminado e/ou hostilizado.

2. Sistema normativo moral e sistema normativo ético

A moral é tida, neste artigo, como sistema normativo individual conformado em valores e crenças individuais, diferenciando-se da ética, um sistema de normas coletivo consubstanciado em crenças e valores sociais. A moral é formada pelo subjetivismo do indivíduo, construído ao longo da sua vida a partir do modo como ele assimila as informações do meio e as conecta e o modo como vivencia e aprende com a experiência. A ética constitui a própria substância do meio social, conformando-se com a história da sociedade, pelos acontecimentos que dentro dela tiveram curso, e com um senso de utilidade econômica, ligado à subsistência do próprio sistema social.

3. A boa-fé no sistema moral

No seu aspecto moral, a boa-fé encerra dois elementos que servem de critério para cindi-la: o volitivo e o cognitivo. A boa-fé crença ou estrita caracteriza-se pela predominância do elemento cognitivo, sem lhe faltar o elemento volitivo. A boa-fé honestidade ou ampla distingue-se pela predominância do elemento volitivo, embora o elemento cognitivo também esteja presente.

A boa-fé, no aspecto amplo, pode ser entendida como honestidade ou lealdade. Pode, ainda, ser entendida como a intenção de não prejudicar alguém ou como a ausência da intenção de prejudicar alguém. É, assim, a ausência total de todo espírito lesivo no íntimo do agente, a ausência intrínseca e absoluta da consciência e da vontade de prejudicar outrem ou violar a lei. É um valor moral do indivíduo e não depende do tempo e do meio social em que ele vive.

No lado oposto da boa-fé ampla, figura a má-fé, desonestidade ou deslealdade, caracterizada pela intenção de prejudicar alguém ou pela intenção de favorecer-se ou favorecer outrem indevidamente, à custa de prejuízo alheio.

Já no aspecto estrito, a boa-fé corresponde à correta apreensão dos parâmetros e valores sociais, em um processo de cognição que resulta na equivalência entre o paradigma individual e o paradigma coletivo sobre os parâmetros e crenças que devem ser atendidos. O processo de cognição e a absorção dos valores e parâmetros sociais pelo indivíduo pode resultar perfeito ou pode resultar em erros que constituem falsa representação da realidade. Também pode ocorrer de o indivíduo não ter contato no meio social com os parâmetros e valores sociais que deveriam ser apreendidos, resultando em ignorância, em desconhecimento dos valores e das crenças sociais.

A boa-fé crença ou estrita só é possível quando a visão de mundo do indivíduo, seu paradigma pessoal,



corresponder à visão de mundo que prevalece no meio social em que vive, não havendo distorções por erros ou ignorâncias sobre parâmetros e crenças a serem seguidos. Neste caso, ante a complexidade da sociedade onde vive, a possibilidade de falhas é bem maior. Assim, opondo-se à boa-fé estrita, a má-fé estrita não corresponde à desonestidade ou à deslealdade, mas consubstancia fonte de condutas ineptas, desastradas, descoordenadas e incautas.

4. A boa-fé no sistema ético

No seu aspecto social, a boa-fé depende da correta circulação das informações sobre os parâmetros do meio social e da determinação desses parâmetros por cada indivíduo.

O compartilhamento de um parâmetro ou valor por indivíduos pressupõe a correta circulação da informação de um indivíduo para outro, ou seja, pressupõe uma mensagem entre indivíduos e, assim, depende de um emissor, que enviará uma informação a partir do contexto de sua consciência; de um veículo de comunicação (voz, escrita, gestos, etc.), que levará a informação até o receptor e de um receptor, que captará a mensagem e a interpretará a partir do contexto de sua própria consciência.

A circulação da informação só é perfeita quando a consciência do receptor for exatamente igual à do emissor da mensagem ou quando o receptor apreender completamente o contexto da consciência do emissor, ainda que o veículo de comunicação não distorça de nenhuma forma o conteúdo dessa informação.

Contudo, os parâmetros sociais, na maior parte das vezes, ao invés de explícitos, mostram-se implícitos, sendo apreendidos pelo indivíduo através da observação e valoração acerca do comportamento dos outros indivíduos no curso de uma experiência pessoal naquele meio social.

Assim sendo, considerando que cada indivíduo no meio social recebe informações diversas em qualidade e quantidade, que conecta as informações de maneira distinta, que tem forma única de viver e aprender com a experiência, que às vezes se confunde na hora de exprimir seu entendimento e considerando ainda o fato de os parâmetros e valores sociais não serem explícitos e formais, sendo mais o resultado da experiência social do indivíduo, para verificação da boa-fé social de um determinado comportamento de um indivíduo, deverá haver uma boa margem de tolerância.

O que se busca e mostra-se possível não é a equivalência total e absoluta entre os parâmetros comportamentais sociais e individuais, mas um conteúdo orientador mínimo que permita a coordenação do comportamento social dos indivíduos para o alcance de fins sociais comuns de segurança e desenvolvimento.

5. A boa-fé no Direito

A boa-fé, além de um fato social, serve como princípio geral de direito. O Direito, ao se apropriar do conceito moral-social da boa-fé e conceder-lhe efeitos jurídicos, não lhe altera a essência. O Direito acresce a essência do conceito elementos objetivos, novos parâmetros, de forma a orientar o comportamento social, por um lado, e consolidar os parâmetros sociais, por outro, conferindo-lhe nova força ao conceder-lhe coercitividade. Esta orientação que o Direito exerce nas transformações e relações sociais nunca é feita de maneira unilateral, uma vez que a legitimidade da norma condiciona-se a certa expressão na realidade do meio social. Neste caso, sua legitimidade condiciona-se à eficiência de “otimização” do esforço, à eficácia de concretizar os fins a que visa, à efetividade de utilidade prática na realidade fática² e à vigência, uma vez que sem ela, as normas inseridas nos diplomas não são dotadas de coercitividade.

O Direito procura, neste caso, alterar a referência comportamental dos indivíduos. Assim, o indivíduo que procura agir de boa-fé deve pautar suas ações pelo ordenamento jurídico – ou pelas normas sociais se a situação não for prevista pelo Direito³.

6. A aplicação da boa-fé no Direito

O Direito apreende e impõe o valor da boa-fé volitiva ao indivíduo. Determina a todos quantos vivam sob sua égide que se comportem, em suas relações com os outros membros da sociedade e, especialmente, em suas relações jurídicas, com boa-fé, na acepção ampla do termo. Ao mesmo tempo, estabelece parâmetros de conduta a cada situação específica, os quais serão juridicamente exigíveis, devendo ser igualmente observados por todos que a Lei alcança.

De uma maneira geral, quando os parâmetros estabelecidos pelo Direito são inobservados por um indivíduo, será verificada a presença, ou não, da boa-fé no caso concreto. Os efeitos jurídicos previstos serão diversos se verificada a boa-fé ou se verificada, ao contrário, a má-fé.

Constatada a boa-fé, o Direito tende a manter os atos e fatos jurídicos praticados, cuidando apenas para que aquele que agiu de boa-fé não se locuplete com sua postura. Por outro lado, constatada a má-fé, o Direito tende a desconstituir a situação criada, restabelecendo o *status quo ante*, ou a desconsiderar esta situação, em prejuízo do agente, ou, ainda, a penalizar severamente aquele que agiu de má-fé.

Neste ponto cabe diferenciar a boa-fé subjetiva da

² Normas inúteis são normalmente expressão de exacerbação do ego, introversão e autoritarismo.

³ Cumpre apenas ressaltar que, quando os parâmetros sociais contradizem os parâmetros do Direito, seja por contestação ou por ignorância social, os primeiros tendem a prevalecer sobre os segundos.



boa-fé objetiva, porquanto diversos são seus parâmetros de verificação.

Preleciona Miguel Reale:

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.⁴

De fato, o Direito contempla tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva. Quando a boa-fé corresponde a um parâmetro normativo objetivo, a boa-fé será objetiva. Os parâmetros, neste caso, são estabelecidos de modo concreto e sua observância pelo indivíduo consubstancia sua boa-fé. A boa-fé objetiva será constatada e seus efeitos jurídicos aplicados mediante a simples verificação de que foram atendidos os parâmetros normativos objetivos aplicáveis na espécie.

Exemplos desta hipótese são comuns na área dos registros públicos, como no caso da verificação da boa-fé do adquirente de imóvel diante da falta do registro competente da penhora, nos termos da súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Outros exemplos poderão ser encontrados de maneira dispersa na legislação. O parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil de 2002 (CC) estabelece a boa-fé do possuidor de justo título no instituto da usucapião: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”.

No mesmo sentido, o art. 164 do CC/2002 determina que a realização de negócios ordinários para a manutenção do próprio estabelecimento ou subsistência do devedor ou de sua família: “Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e

de sua família”. Nesse último exemplo, vislumbra-se, inclusive, o encontro da boa-fé com a dignidade humana.

A boa-fé subjetiva, configurada pela intenção de não causar mal a alguém ou pela ausência da intenção de causar mal a outrem, tem verificação mais complexa. Aqui, não basta verificar o atendimento, ou não, de parâmetros objetivos. Como a intenção é ínsita ao indivíduo, a verificação da boa-fé subjetiva deverá ocorrer pelo cotejo da exteriorização da vontade da pessoa com todas as circunstâncias presentes no caso concreto.

Sobre este ponto, o magistério de Miguel Reale: “Concebida desse modo, a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva – quer em Juízo, quer fora dele – seja examinada no conjunto concreto das circunstâncias de cada caso”⁵.

Note que o comportamento do indivíduo não é fator que diferencia a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. Pode haver comportamento tanto na verificação da boa-fé objetiva quanto na verificação da presença da boa-fé subjetiva. A diferença é que a boa-fé objetiva corresponde ao próprio comportamento assumido pelo Direito como de boa-fé, enquanto a boa-fé subjetiva corresponde à honestidade e lealdade por trás do comportamento do agente analisado.

Por outro lado, a verificação da boa-fé subjetiva sempre será realizada a partir de elementos objetivos. De fato, ainda que o Direito normatize situações eminentemente subjetivas, de âmbito moral, a análise e aplicação da boa-fé no Direito não será subjetiva, mas sempre objetiva, porque terá como objeto um dado externo, objetivo, que é a declaração de vontade ou o comportamento exteriorizado pelo indivíduo.

A boa-fé subjetiva poderá ser verificada a partir de uma declaração ou a partir de um comportamento, os quais exteriorizam a intenção da pessoa. Na verificação da boa-fé subjetiva de uma declaração de vontade, será esta comparada com a finalidade pretendida pelo indivíduo, o comportamento ulterior ao ato, entre outros elementos presentes no caso concreto. O Direito preservará a declaração e seus efeitos quando a declaração de vontade for emitida por agente capaz de traduzir vontade autêntica.

Assim, se houver declaração de boa-fé, mesmo que ocorra um vício que torne o ato anulável, a declaração produzirá seus efeitos. Exemplo de ato jurídico que, embora viciado, foi praticado de boa-fé e com vontade autêntica produzindo seus efeitos pode ser encontrado no casamento putativo, previsto no art. 1.561 do CC/2002: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.”

Na verificação da boa-fé subjetiva a partir de um comportamento do indivíduo, sua constatação poderá

⁴ Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>.

⁵ Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>.



demandar apenas o cotejo deste comportamento com as circunstâncias no caso concreto. Grande parte das situações em que a boa-fé é contemplada pelo CC/2002 refere-se a esta hipótese de boa-fé subjetiva. O art. 1.255 prevê o caso da pessoa que constrói, semeia ou planta no terreno alheio:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Neste caso, a boa-fé é subjetiva e sua verificação dependerá do cotejo do comportamento daquele que plantou ou edificou em terreno alheio com as circunstâncias do caso. Conseqüências positivas são previstas para o caso de o agente estar de boa-fé. Caso contrário, se não verificada a boa-fé subjetiva, são previstas conseqüências negativas.

O mesmo acontece com o especificador, no caso previsto no art. 1.270:

Art. 1.270. Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova.

§ 1º Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima.

E com o terceiro que trata com procurador depois da revogação do mandato, nos termos do art. 686:

Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.

3.3.2 *Cross examination*: leitura cruzada do novo artigo 212 do CPP para o Processo Civil

Eduardo Cambi

Pós-doutor em Direito Processual pela Università Degli Studi di Pavia (Itália)

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR

Professor da Faculdade Estadual do Norte Pioneiro e da Universidade Paranaense

Promotor de Justiça no Paraná

Na obtenção da prova oral, é significativa a alteração imposta no artigo 212 do CPP, possibilitando que as partes formulem perguntas, *diretamente*, à testemunha, ou seja,

Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado.

Outros exemplos poderão ser encontrados nos arts. 814, §1º, 879, 1.258, 1.259 e 1.268.

Contudo, a verificação da boa-fé subjetiva em um comportamento poderá demandar, em outros casos, além do usual cotejo deste comportamento com as circunstâncias presentes, a assunção de um juízo de valor por parte do intérprete, seja porque o parâmetro que representa boa-fé constitui uma espécie tipológica, variável no tempo e no espaço, seja porque constitui uma espécie abstrata, que deverá ser primeiramente materializada no caso concreto, para depois ser aplicada, como no caso dos valores e princípios.

Como exemplos dessa hipótese, temos os arts. 113 e 187:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

(...)

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

De fato, a verificação da boa-fé subjetiva nos negócios jurídicos, ou da extrapolação dos limites no exercício do direito, dependerá, além do cotejo do comportamento do contratante com as circunstâncias do caso concreto, de um juízo de valor do intérprete para definir o que seria bastante, no caso, para que a boa-fé fosse configurada. Em casos como este, o reconhecimento da boa-fé dependerá de certo grau de subjetivismo, não por parte do indivíduo que exerce o ato, mas por parte daquele que, *a posteriori*, o interpreta.

sem que sejam feitas por intermédio do magistrado.

A Lei nº 11.690/2008 introduz, no direito brasileiro, o mecanismo da *cross examination*, surgido, na Inglaterra, pelo *Supreme Court of Judicature Act* de 1873 e, nos Estados Unidos, como decorrência da garantia fundamental da *confrontation*, assegurada pela emenda VI da Constituição norte-americana, e, a partir do precedente firmado no caso *Pointer v. Texas*, em que a Suprema Corte passou a entender que se trata de um direito fundamental, abrangido pela





cláusula do devido processo legal.

Pela técnica da *cross examination*, confere-se dignidade constitucional ao princípio da oralidade e da imediatidade. Essa metodologia de accertamento é portadora de *vantagens fundamentais* à administração da Justiça, porque contribui para uma reconstrução dos fatos mais aproximada da realidade, uma vez que a *inquirição sucessiva*, pelas partes contrapostas, permite extrair do depoente um maior número de lembranças, além de esclarecer possíveis contradições. A *cross examination* está assentada no debate dialético entre as partes, promovendo, em maior grau, a garantia constitucional do contraditório.

Essa técnica é a mais significativa mudança em direção ao *neoprivatismo*, porque, ao assegurar os princípios da oralidade e da imediatidade, as partes têm melhor e mais ampla participação processual. Estimula-se, pois, o contraditório e realiza-se, na plenitude, o direito fundamental à prova.

Após a edição da Lei nº 11.690/2008, surge a dúvida se tal método deve ser restringir ao processo penal ou deve ser estendido ao processo civil. Neste processo, como acontecia naquele, é o juiz quem interroga as testemunhas; assim, a parte demanda ao juiz que, por sua vez, pergunta para a testemunha (art. 416 do CPC). O depoimento é registrado e, depois, assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores (art. 417 do CPC). As perguntas indeferidas pelo juiz podem ser consignadas a termo, se a parte requerer (art. 416 do CPC, § 1º).

Na perspectiva sistemática, não tem sentido adotar a *cross examination* no processo penal e não estendê-lo ao processo civil. A Constituição Federal, quando assegura as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não faz nenhuma diferenciação entre os processos penal e civil. A participação das partes, no processo civil, voltada ao esclarecimento dos fatos controvertidos e à obtenção de decisões justas, não é diferente da que ocorre no processo penal. A dicotomia entre verdade formal e material, para distinguir ambos os processos, não faz sentido, porque, ontologicamente, a verdade é uma só e deve ser buscada com o mesmo empenho em ambos os modelos processuais. O processo civil moderno não está fundado exclusivamente no princípio dispositivo, versando sobre ramos do direito onde a descoberta da verdade é tão ou mais importante que no direito penal (v.g. direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou de família).

A dimensão *objetiva* do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere (art. 5º, inc. XXXV, CF) impõe a necessidade de interpretar o direito processual civil à luz da Constituição. Há que se fazer a *filtragem constitucional* dos dispositivos do Código de Processo Civil, para se extrair a interpretação que dê *maior efetividade* às garantias processuais fundamentais. Há, pois, que se indagar; qual das duas exegeses melhor efetiva as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa: i) a que impede

que a parte faça, diretamente, perguntas ao seu adversário, às testemunhas e aos peritos e assistentes técnicos; ou (ii) a que possibilita que isto ocorra, de modo a permitir que cada litigante melhor explore as informações e as contradições que a oralidade e a imediatidade podem oferecer.

Na perspectiva do direito constitucional à prova, não se pode retirar das partes a chance de poder produzir as provas orais. Isto se justifica em nome do exercício pleno do contraditório. Em outros termos, a *eficácia irradiante* do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere vincula tanto o legislador quanto o juiz. Com efeito, a técnica processual reclamada independe de lei, devendo o artigo 212 do CPP ser aplicado análoga e extensivamente ao Código de Processo Civil, para dar *maior efetividade* às garantias constitucionais processuais.

Contudo, tal técnica não desloca do juiz para as partes o comando do processo (princípio do *impulso oficial*; art. 262 do CPC). Por isso, não deve ser utilizada como *mecanismo de coação* nem, muito menos, transformar-se em instrumento camuflado de tortura. As partes e seus advogados têm o dever de expor seus fatos, em juízo, conforme a *verdade* (art. 14, inc. I, CPC); proceder com *lealdade e boa-fé* (art. 14, inc. II, CPC); não formular pretensões, nem alegar defesa. III, CPC); não produzir provas, nem praticar atos *inúteis* ou *desnecessários* à declaração ou à defesa do direito (art. 14, inc. IV, CPC). Além disso, é defeso às partes e seus advogados empregarem *expressões injuriosas* (art. 15, CPC), faltarem com o *dever de urbanidade* ou formularem perguntas *impertinentes, capciosas ou vexatórias* (art. 416, § 1º, CPC). Em síntese, a violação dos deveres de lealdade, probidade ou boa-fé devem ser coibidos pelo juiz. A técnica da *cross examination* não retira o *caráter publicístico* do processo, nem transforma o magistrado em um ser indiferente aos dramas sociais. O *abuso do direito processual* independe da demonstração de dolo ou culpa, impedindo a prática do ato processual, gerando a reparação civil dos danos (art. 187 do CC), além da responsabilização administrativa e criminal da parte ou de seu advogado.

Para que a técnica da *cross examination* contribua, efetivamente, para assegurar a garantia constitucional da plenitude do contraditório e realizar o direito fundamental à prova, é imprescindível investir na *formação ético-jurídica* dos profissionais do direito. O aperfeiçoamento das técnicas processuais, sem a melhoria do operador jurídico, é atividade destituída de resultados práticos efetivos. Legislação e educação devem caminhar juntas para que seja possível melhorar a capacidade de *argumentação jurídica*, tornando o processo um instrumento democrático, capaz de promover justiça e legitimar o exercício do poder.

Como sugere Ronald Dworkin (*O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 488), a *política jurídica utópica* continua sendo direito; os sonhos filósofos do direito estão *latentes* no direito contemporâneo; cada sonho pode ser o direito do futuro; o direito de hoje deve ser desafiado com as possibilidades de amanhã.



3.3.3 Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo e isonomia processual

Marina Dehon de Lima

Analista do Ministério Público de Minas Gerais

“O Estado não deixa de ser uma grande associação. Enquanto tal, existe para o atingimento de certos fins que dizem respeito aos interesses da própria coletividade.”¹

Como é sabido, a Fazenda Pública goza de certas prerrogativas em face do particular. Tal assertiva decorre principalmente dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, já que a Fazenda irá defender o interesse que é da própria sociedade, uma vez que de sua atividade depende todo o incremento das políticas públicas voltadas ao todo.

Tendo em vista o respaldo principiológico acima mencionado, a Fazenda Pública goza de tratamento diferenciado quando em Juízo, objetivando principalmente a consecução do bem comum, em defesa de direitos pertencentes a todos os cidadãos, que igualmente contribuem através do exercício de sua capacidade tributária passiva para o bom funcionamento do Estado.

Nesse íterim, várias são as prerrogativas da Fazenda em Juízo, tais como isenção de depósito prévio em ações por ela propostas, inexigibilidade de instrumento de mandato por parte de seus procuradores, citação pessoal do Advogado-Geral da União ou Procurador Regional nas causas em que for demandada a União ou entidade autárquica e empresa pública federal, contagem diferenciada dos prazos para contestar e recorrer, inaplicabilidade dos efeitos da revelia conforme jurisprudência², execução de julgado em seu desfavor somente após o trânsito em julgado da decisão respectiva, dentre outras.

Com efeito e ainda, goza a Fazenda Pública de Juízo privativo. No entanto, impende ressaltar que as Fazendas Estaduais e Municipais não dispõem de foro privilegiado mas, tão somente, de juízo privativo, escapando dessa regra somente a União Federal, que detém realmente foro privilegiado. Assim, a União detém foro privilegiado a despeito do artigo 99, inciso I e parágrafo único do Código de Processo Civil. Os Estados e Municípios deverão ser demandados nos locais onde houver vara especializada da Fazenda Pública, na capital ou nas respectivas comarcas. Tal regra de Juízo privativo define uma competência absoluta das

varas especializadas, em razão do interesse público.

A norma de competência absoluta é definida sempre em razão de interesse público. Nesse sentido, é pertinente a afirmação de Marinoni³ quando diz que é preciso compreender e identificar as tutelas dos direitos, para que, então, seja possível pensar na técnica processual idônea para atendê-las. Aduz o autor: “É que o processo, diante de determinada construção legal, pode não constituir técnica capaz de efetivamente responder ao direito material. Nesse caso, como é óbvio, a técnica processual deve ser considerada inidônea à tutela dos direitos.” Tal técnica processual, logicamente abarca as regras especiais de competência.



Ainda, o bem público é considerado inalienável. Assim, de ambos os lados – a Fazenda como executada ou como autora na cobrança de débitos (Lei nº 6.830/80) –, haverá formas e ritos diferenciados e voltados à aplicação desse princípio que consagra a inalienabilidade.

Em virtude de todos os princípios já mencionados, goza a Fazenda Pública de prazos processuais em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, a teor do disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil.

Os prazos dilatados se justificam em razões de ordem prática: é sabido o déficit de servidores, ou melhor, de procuradores em face das inúmeras ações propostas a cada dia, com a agravante da complexidade dos trabalhos. Certo é que a Fazenda Pública tem o dever de utilizar todos os recursos até que haja final decisão em seu desfavor, sendo atualmente e ainda, múnus público a obrigatoriedade da sua insurgência diante das decisões contrárias ao poder público, através da utilização dos competentes meios recursais. Não bastasse tal múnus, a Fazenda detém a titularidade de inúmeras ações, as quais deve propor, evitando-se a decadência ou prescrição, em face do interesse público que ora representa. Nesse passo, é bom lembrar que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida em que se desiguam. Assim, considerando a coletividade a qual a Fazenda Pública representa em Juízo e esse conhecido excesso de trabalhos que advém dessa representação, nada mais do que justo a contagem dos prazos de maneira diferenciada no que concerne às Fazendas Públicas.

Logicamente, caso tal prerrogativa relacionada ao prazo diferenciado seja utilizada, principalmente em sede recursal, somente com o intuito de protelação, restando configurada a litigância de má-fé por tal motivo, haverá a incidência de multa, conforme preconizado pelo Código de Processo Civil, segundo entendimento do Colendo STJ⁴.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1.

² RESP 281483/RJ; RESP 2000/0102549-0 Fonte DJ Data: 07/10/2002. PG: 00181 - Relator Min. Milton Luiz Pereira (1097) Relator p/ Acórdão Min. José Delgado (1105).

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2004. p.148.

⁴ REsp. 188.978-MS – DJU 21 de jun. de 1999.



Desse modo, conclui-se que as prerrogativas da Fazenda Pública detêm em Juízo não afrontam o princípio da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes, em razão dos motivos acima elencados, com fulcro principalmente na supremacia do interesse público sobre o particular, salvo exceções plenamente justificadoras de nova corrente em sentido contrário, que ainda é a exceção.

Referências bibliográficas:

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Parte Geral, 3. ed.. São Paulo: RT, 1990. v. 1. p. 170.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.1.

FERRO, Sebastião Duarte. *Os privilégios da Fazenda Pública em Juízo*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/teses/osprivilegiosdafazendapublicaemjuizo.pdf>>. Acesso em: 26 de fev. de 2009.

FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 798-815.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004. p.148.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *O Art. 188 do CPC e os Princípios da Isonomia e do Contraditório: uma releitura necessária*. Disponível em: <<http://www.oabgo.org.br/Revistas/51/juridico5.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2009.

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.4.1 CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo Mourão e GIANNICO, Ana Paula C. **Temas Atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin**. Saraiva: São Paulo, 2009. 919 p.

A obra é o segundo volume da Coleção de Temas em homenagem a grandes juristas. Traz 41 artigos de consagrados autores brasileiros sobre o tema das tutelas diferenciadas.

Com prefácio de Cândido Rangel Dinamarco, a obra reúne o que há de melhor e mais atualizado na doutrina atinente ao tema, como, por exemplo, recuperação judicial de empresas, cumprimento de sentença, ADFP e conflito de atribuições, mandado de segurança individual e coletivo, tutelas sumárias satisfativas autônomas, execução de alimentos fixados em escritura pública, tutelas de urgência e fungibilidade procedimental, tutela inibitória, tutela de evidência, responsabilidade civil das indústrias de tabaco, tutela específica, entre outros.

B) Artigos

3.3.4.2 CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. **Efeito translativo nos recursos excepcionais**. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, n. 171, p. 257-281, maio 2009.

Ao tecer comentários sobre o acórdão proferido no âmbito do julgamento do REsp 297117/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, a autora analisa se é possível aos tribunais superiores conhecer de ofício matéria de ordem pública não prequestionada na origem, com base no efeito translativo dos recursos.

Com efeito, o STJ possui decisões no sentido de que “Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento” (REsp 852941/SC), sem embargo de julgados adotando-se posição mais moderada.

No STF, também encontramos acórdãos nesse mesmo sentido: “Recurso extraordinário e prequestionamento: não dispensa o prequestionamento, segundo a jurisprudência da Corte, que a matéria seja de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias: incidência das Súmulas 282 e 356: precedentes” (RE 219703 ED/SP).

Diante disso, numa linguagem envolvente e didática, a autora trabalha com maestria a antítese dessa corrente jurisprudencial, trazendo a posição doutrinária de prestigiados autores brasileiros e até mesmo a do STJ e a do STF,



contrariando a posição mais ortodoxa. Segundo ela, as “[...] questões públicas estariam implicitamente prequestionadas, para evitar o trânsito em julgado de decisões viciadas” (p. 269). Com apoio na lição de Mancuso, tem-se por inexigível quesito do prequestionamento para as matérias de ordem pública, por homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa. Citando Tereza Wambier, lembra que nos casos de julgamento *extra petita*, nem seria possível cobrar o prequestionamento da matéria impugnada, já que ela teria surgido no processo pela primeira vez, sem que as partes tivessem tido a oportunidade de debatê-las nos autos.

Por fim, depois de discorrer sobre outros pontos atinentes à polêmica proposta, conclui afirmando:

Parece que o mais razoável é admitir o efeito translativo, na versão mais moderada de apreciação dos recursos excepcionais que se utiliza do art. 515, §§ 2º e 3º do CPC, ou seja, na hipótese de conhecimento do recurso, deve haver atrelamento à matéria constitucional e infraconstitucional impugnada pelo recorrente, no entanto, caso se depreenda com questão pública que venha a comprometer o mérito do recurso e que seja evidente, que não necessite reanálise de provas, é bem mais eficaz, célere e justo que se transcenda a mera questão discutida, para que não seja necessário se socorrer de novo meio de impugnação (p. 280).

3.3.5 Jurisprudência da área

3.3.5.1 TJMG, 17ª Câmara Cível. *A falta de habilitação do motorista envolvido em acidente de trânsito não gera presunção de culpa, por si só, capaz de configurar a sua responsabilidade civil.*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO (ATROPELAMENTO) - CULPA DOS RÉUS - NÃO-COMPROVAÇÃO - CONDUTOR INABILITADO - IRRELEVÂNCIA - PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. A falta de habilitação legal para conduzir veículo motorizado, por si só, é insuficiente para, de forma isolada, comprovar a culpa do motorista, constituindo infração administrativa, que, repise-se, não implica em presunção de culpa. Ausente a prova da culpa dos réus pelo evento danoso, não há que se falar em dever de indenizar os prejuízos decorrentes do sinistro. (TJMG, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0145.03.114039-8/001, Rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, j. 14.05.2009, DJ 02.06.2009).

3.3.5.2 TJRS, 7ª Câmara Cível. *Ação investigatória de paternidade. Coisa julgada.*

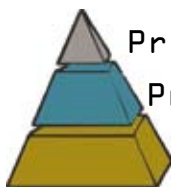
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RÉU REVEL. RECONHECIMENTO FUNDAMENTADO NA PRESUNÇÃO. COISA JULGADA MATERIAL. NÃO FLEXIBILIZAÇÃO. Procedente a ação investigatória de paternidade, com decisão transitada em julgado, não se admite rediscuti-la, em ação negatória da paternidade, com base na ausência de exame de DNA naquela demanda. O réu fora citado e não apresentou contestação, ensejando a procedência da ação, consolidando a paternidade atribuída, em nome da segurança jurídica. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70025691148, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 03.12.2008).

3.3.5.3 TJMG, 4ª Câmara Cível. *Separação judicial. Lei Maria da Penha. Competência.*

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS E FIXAÇÃO DE PENSÃO - VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER - LEI MARIA DA PENHA - INAPLICABILIDADE. - Em se tratando de separação, sem pedido de adoção de qualquer medida protetiva de urgência ou qualquer procedimento previsto na Lei 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”, a competência para receber e examinar o pedido é das varas de família, varas cíveis, onde não há varas especializadas de família. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Conflito de Competência nº 1.0134.08.104162-3/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 06.11.2008, DJ 18.11.2008).

3.3.5.4 TJRS, 7ª Câmara Cível. *Síndrome da alienação parental.*

EMENTA: REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70016276735, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 18/10/2006).



3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 O não comparecimento do autor do fato na audiência preliminar prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95: o desafio de conciliar sem desmoralizar a Justiça

Mário Antônio Conceição

Promotor de Justiça no Juizado Especial

Criminal de Belo Horizonte

Doutorando em Direito pela PUC-MG

Mestre em Direito

Pós-Graduado em Direito Constitucional

pela Universidade de Paris II

A credibilidade e a eficiência dos atos judiciais dependem do seu rigoroso cumprimento pelos jurisdicionados. A legislação prevê que ao autor do fato que assumir o compromisso de comparecer na audiência preliminar presidida por um magistrado não se imporá prisão em flagrante (artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099). Visando dar efetividade à norma, a autoridade policial, previamente concertada com os magistrados do Juizado Especial Criminal, colhe o compromisso do autor e simultaneamente o intima da data e hora de audiência judicial em que ele deverá comparecer para transacionar com o Ministério Público. Não poderia ser diferente, pois, como pode alguém assumir um compromisso sem saber quando e onde deverá cumpri-lo? Percebe-se que há momento próprio para que o autor exercite o seu direito subjetivo de transacionar com o Estado para assim obter a exclusão do processo. Esse é o devido processo legal estabelecido que, contudo, não se revela como de mão única. Ele se aplica também ao autor do fato que deve exercitar o seu direito na audiência preliminar.

É fato notório que aproximadamente 40% dos processos criminais de nossa capital tramita perante o Juizado Especial Criminal da comarca de Belo Horizonte. A subversão do devido processo legal além de gerar nulidade dos atos subsequentes também causa prejuízo ao célere andamento da persecução penal.

A questão que trazemos ao debate parece-nos revelante quando o autor do fato não comparece na audiência preliminar, apesar de voluntariamente ter assumido esse compromisso. Alguns magistrados têm a praxe¹ de redesignar audiência preliminar, fundados no artigo 71 da Lei nº 9.099, não obstante ter o autor do fato, inequivocamente, prometido que compareceria em dia, hora e local determinado. A

¹ Apesar de o Enunciado 1 dispor: “A ausência injustificada do autor do fato à audiência preliminar implicará em vista dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível.” XXIV FONAJE, 12 a 14 de novembro de 2008. http://www.tjmg.gov.br/info/pdf/index.jsp?uri=/jesp/enunciados/fonaje_criminal.pdf.

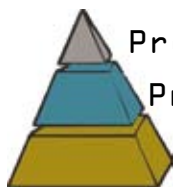
iniciativa viola por três vezes o Princípio do Devido Processo Legal. Primeiro, porque se cria ato processual não previsto na lei – *intimação do autor do fato que embora compromissado na forma da lei não compareceu ou justificou sua ausência em audiência preliminar*. O

dispositivo legal invocado aplica-se quando o autor não tiver sido conduzido à delegacia de polícia ou, quando

tiver comparecido, não tiver sido possível realizar audiência preliminar ou agendar data para sua realização. Nesse caso, o termo circunstanciado de ocorrência será remetido ao juizado, sem o termo de compromisso de comparecimento do autor, sendo certo que nesta hipótese será necessária a sua intimação através da secretaria do juizado para participar de audiência preliminar. Percebe-se que esse dispositivo não se aplica validamente à hipótese que ora tratamos, pois no termo de comparecimento, em regra, já consta data, hora e local da audiência preliminar. É facilmente compreensível que o autor saiba quando, onde e como deve cumprir o ato. A intimação é inerente à idéia de compromisso assumido pelo autor. É por isso que a prisão em flagrante não é imposta. Não nos parece, portanto, racional o argumento, a partir de uma leitura escoteira do art. 71, de que o autor deva ser novamente intimado para uma segunda audiência se ele não comparecer na audiência preliminar. A prática tem trazido prejuízos para o andamento dos processos e gastos de recursos públicos, visto que os autores do fato, raramente, são localizados para a segunda audiência. Além disso, parece haver a criação inconsciente de um “dever” injustificável para o Estado de localizar o autor para convidá-lo a participar de um ato que lhe interessa sobremaneira, desprezando-se que a iniciativa gera ilegal e desnecessário trabalho para as secretarias do juízo que estão abarrotadas de processos. Segundo, porque se ignora a fraude² cometida contra a disposição do parágrafo único do artigo 69, que evidencia a contradição entre o que se faz (não se impõe a prisão do autor) e o que busca a Lei (garantir a presença do autor na audiência preliminar). Terceiro, porque se viola também o artigo 77 que anuncia “[...] quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”, pois a acusação fica impedida de oferecer denúncia com a redesignação da audiência. Assim, não há fundamento jurídico também para a redesignação de audiência preliminar para autor ausente



² Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002).



que tenha prometido comparecer. Inexiste, portanto, espaço para invenção processual e razão para condescendência. O rito deve ser observado também pelo autor e não somente pelo Estado-Sociedade, especialmente quando não houver dúvida de que o autor tenha prestado, perante autoridade policial, compromisso de comparecer na audiência preliminar conforme preceitua a Lei. Ou será que isso não vale nada?

A redesignação de audiências preliminares com a intimação do autor, ora via correspondência, ora por mandado judicial, para comparecer em audiência da qual já havia prometido comparecer desencadeia atos que tentam, incessantemente, localizar o autor, o que se faz através de expedição de requisições à Receita Federal, ao Tribunal Eleitoral, à Copasa etc., os quais acabam, desnecessariamente, sobrecarregando servidores e contribuindo para a prescrição do crime devido ao insucesso da diligência.

A iniciativa simultaneamente despreza os significados moral e jurídico do ato firmado – *compromisso* – e mostra condescendência com a mentira. Kant salienta em sua pesquisa sobre o princípio supremo da moralidade³ que:

[...] o valor moral⁴ de um ato reside na intenção e que uma ação cumprida por dever⁵ tira o seu valor moral não do fim que por ela deve ser alcançado, mas da máxima que a determina. Este valor não depende, portanto, da realidade do objeto da ação, mas unicamente do princípio do querer, segundo o qual a ação é produzida, sem tomar em conta nenhum dos objetos da faculdade apetitiva (de desejar).

O autor do fato que subscreve termo de compromisso de comparecimento o faz movido por uma razão. Qual? Ele deseja se livrar da prisão em flagrante. Para tanto, ele promete comparecer perante magistrado em audiência preliminar para que ele e o Estado possam evitar a instauração de processo através de transação penal. Ocorre que a sua ausência impede que isso ocorra. O ato revela a carência do valor moral de sua ação – mentira – que não pode ser prestigiada e ignorada, pois dele decorrem efeitos. Kant esclarece que “[...] *não é o objeto que desejo atingir que faz o valor moral do meu ato, mas a razão pela qual eu quero atingi-lo.*” Dos princípios acima mencionados, decorre a definição do dever⁶:

‘O dever é a necessidade de cumprir uma ação por respeito à lei’. O não comparecimento do autor revela falta de respeito para com a Justiça e nítida vontade de não cumprir o dever originado através da promessa voluntariamente realizada. Nesse sentido, o mestre de Viena afirma que a ‘ação que me proponho, posso, sem dúvida, sentir inclinação nunca respeito, precisamente porque

ele é simplesmente efeito, e não a atividade de uma vontade.’

Visando testar a validade da praxe judicial – *redesignação de audiência preliminar de autor ausente comprometido* –, recorreremos à Kant, que indaga⁷:

Ser-me-á lícito, em meio de graves apuros, fazer uma promessa com intenção de a não observar? Não oferece dificuldade distinguir os dois sentidos que a questão pode comportar, consoante se deseja saber se é prudente, ou se é conforme ao dever, fazer uma promessa falsa. Sem dúvida que muitas vezes pode ser prudente; mas é claro que não basta safar-me, mercê deste expediente, de um embaraço presente; devo ainda examinar com cuidado se dessa mentira não me redundarão, no futuro, aborrecimentos muito mais graves do que aqueles de que me liberto neste momento; e como, a despeito de toda minha sagacidade, não são fáceis de prever as conseqüências, de meu ato, devo recear que a perda de confiança por parte de outrem me acarrete maiores prejuízos que todo o mal que neste momento penso evitar. Agirei pois mais sensatamente, portando-me, nesta ocorrência em conformidade com uma máxima universal e procurando criar o hábito de nada prometer sem intenção de cumprir, Mas depressa se me afigura evidente que tal máxima estriba sempre no temor das conseqüências. Ora, uma coisa é ser sincero por dever, e outra coisa ser sincero pôr temor das conseqüências desagradáveis: no primeiro caso, o conceito da ação em si mesma contém já uma lei para mim; mas no segundo caso, preciso, antes de mais nada, tentar descobrir alhures quais as conseqüências que se seguirão à minha ação. Porque, se me desvio do princípio do dever, cometo decerto uma ação má; mas se abandono minha máxima de prudência, posso, em certos casos, auferir daí grandes (403) vantagens, embora, na verdade, seja mais seguro ater-me a ela. Afinal de contas, no concernente à resposta a esta questão: se uma promessa mentirosa é conforme ao dever, o meio mais rápido e infalível de me informar consiste em perguntar a mim mesmo: ficaria eu satisfeito, se minha máxima (tirar-me de dificuldades por meio de uma promessa enganadora devesse valer como lei universal (tanto para mim como para os outros? Poderei dizer a mim mesmo: pode cada homem fazer uma promessa falsa, quando se encontra em dificuldades, das quais não logra safar-se de outra maneira? Deste modo, depressa me convenço que posso bem querer a mentira! mas não posso, de maneira nenhuma querer uma lei que mande mentir; pois, como conseqüência de tal lei, não mais haveria qualquer espécie de promessa, porque seria, de fato, inútil manifestar minha vontade a respeito de minhas ações futuras a outras pessoas que não acreditariam nessa declaração, ou que, se acreditassem à toa, me retribuiriam depois na mesma moeda; de sorte que minha máxima, tão logo fosse arvorada em lei universal, necessariamente se destruiria a si mesma. Portanto não preciso de possuir grande perspicácia para saber o que devo

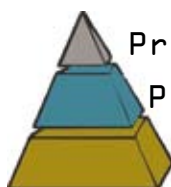
³ PASCAL, Georges. *Para Compreender Kant*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 121.

⁴ Primeiro princípio.

⁵ Segundo princípio.

⁶ PASCAL, Georges. *Para Compreender Kant*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 121.

⁷ Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Immanuel Kant, Tradução de Antônio Pinto de Carvalho, Companhia Editora Nacional, disponível <http://www.filonet.pro.br/livros/ebooks/metafcostumes.pdf>.



fazer, a fim de que minha vontade seja moralmente boa. (grifo nosso).

O compromisso firmado pelo autor perante o Estado, portanto, é uma promessa solene a qual deve ser atribuída importância e consequência. Quando, por exemplo, se diz: “não deves fazer falsas promessas”, e se supõe que a necessidade desta proibição não é simples conselho que se deva seguir, a fim de evitar algum mal, não é conselho que se reduza mais ou menos a dizer: “não deves fazer falsas promessas, para não perderes o crédito, no caso em que se viesse a apurar a verdade”. Quando o autor do fato, servindo-se de uma prerrogativa legal, subscreve termo de compromisso que não é cumprido sem justificativa, evidencia-se que ele usou a Lei como instrumento para enganar o Poder Judiciário. Kant ao discorrer sobre as várias espécies de dever, fornece o seguinte exemplo:

[...] outro homem é impelido pela necessidade a pedir dinheiro emprestado. Sabe que não poderá restituí-lo, mas sabe igualmente que nada lhe será emprestado, se não tomar o sério compromisso de satisfazer a dívida dentro de determinado prazo. Sente vontade de fazer essa promessa, mas tem ainda bastante consciência para a si mesmo perguntar se não será proibido e contrário ao dever tentar safar-se da necessidade por meio de tal expediente. Supondo que tome esta decisão, a máxima de sua ação significaria isto: quando penso estar falto de dinheiro, peço emprestado, prometendo restituí-lo, embora saiba que nunca o farei. Ora, é bem possível que este princípio do amor de si ou da utilidade própria se prenda com todo o meu bem-estar futuro, mas, de momento, a questão consiste em saber se isso é justo. Transformo, pois, a exigência do amor de si em lei universal, e ponho a questão seguinte: que sucederia, se minha máxima se convertesse em lei universal? Ora, imediatamente vejo que ela nunca poderia valer como lei universal da natureza e estar de acordo consigo mesma, mas que deveria necessariamente contradizer-se. Admitir como lei universal que todo homem, que julgue encontrar-se em necessidade, possa prometer o que lhe vem à mente, com o propósito de não cumprir, equivaleria a tornar impossível toda promessa, e inatingível o fim que com ela se pretende alcançar, pois ninguém acreditaria mais naquilo que se lhe promete e todos se ririam de semelhantes declarações, como de fingimentos vãos.

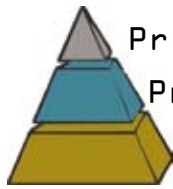
A redesignação das audiências preliminares provoca gasto indevido de tempo e recursos públicos, “premia” o autor faltoso com uma condescendência injustificável representada por uma segunda chance de transacionar com o Estado e contribui para o congestionamento do serviço judicial. A iniciativa não se afigura, portanto, justificável sob o ponto de vista moral. Impor sobre a Justiça o ônus de realizar diligências visando localizar o autor do fato para que lhe seja garantida uma segunda oportunidade para transacionar com o Estado afigura-nos contrária à idéia de seriedade e respeitabilidade que deve ter a Justiça. O não comparecimento do autor revela vontade, se não houver justificativa séria para o seu não comparecimento na audiência preliminar, de descumprir acordo voluntariamente firmado, além de revelar desprezo

pela oportunidade conferida pela Lei e uso da mentira que levou a autoridade a não autuá-lo em flagrante. A conduta é moralmente reprovável e juridicamente capaz de produzir efeitos.

O chamado *processo conciliatório*, expressão cunhada pela doutrina para designar a natureza do processo aplicado no Juizado Criminal, não deve e nem pode significar “processo desmoralizatório”. O prestígio da autoridade pública deve ser zelado pelas próprias autoridades encarregadas de exercer a função jurisdicional através da emissão de sinais que revelem ao Corpo Social ser a Justiça “coisa séria” e que o não cumprimento de promessa acarreta consequências morais e jurídicas.

O autor não tem direito subjetivo de obrigar o Estado a agir como um mero pedinte que implora pelo seu comparecimento em audiência preliminar para que lhe seja oferecida, a qualquer custo, transação! Não é o autor quem dita o andamento da persecução penal. É o Estado. A sociedade tem o direito subjetivo de processar e punir os infratores da Ordem Jurídica. Admitir que os autores do fato possuam uma espécie de direito ilimitado de comparecer perante o magistrado quando quiserem para transacionar com o Estado a fim de obter a exclusão do processo é agir com injustificável e perigosa condescendência, *data venia*, capaz de tornar a Justiça refém da vontade dos usuários de drogas, de embriagados, de flanelinhas irregulares, de contraventores dos jogos do “bicho” e caça-níqueis, de motoristas irresponsáveis inabilitados, de depravados que exibem a sua genitália a crianças, idosos e vizinhos, de brigões que ameaçam todos que os contestam. Os infratores parecem já saber que a Justiça tem sido tolerante, pelo número significativo de ausências registradas nas audiências preliminares, o que parece ser um sinal de declínio da credibilidade e da capacidade de reação a tais comportamentos, cada vez mais frequentes, emitidos por alguns integrantes de nossa sociedade. O não comparecimento do autor na audiência preliminar, embora compromissado, demonstra, no mínimo, desinteresse em transacionar com o Estado e, no máximo, desprezo pela figura e autoridade do juiz perante o qual deveria ele comparecer.

Em suma, não se coaduna com os ideais de um Estado Democrático de Direito que infratores penais possam descumprir, sem qualquer ônus, compromisso voluntariamente firmado perante o Estado, segundo o **devido processo legal** que, vale gizar, não é garantia exclusiva do autor do fato, mas também da sociedade que tem o direito de vê-lo observado. Por estas razões, entendemos que a redesignação de audiência preliminar para autor de fato que não comparece na audiência preliminar, embora compromissado, viola o devido processo legal, nega eficácia à persecução penal, ao retardá-la indevidamente, e ignora ter sido o Poder Judiciário enganado pelo autor do fato através de promessa vazia e carente de valor moral premeditadamente firmada com a intenção de se livrar da prisão em flagrante.



3.4.2 Robert Merton e a criminalidade de colarinho branco: formulando uma hipótese de compatibilidade

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia

Mestre em Direito Social

Pós-Graduado com especialização

em Direito Penal e Criminologia

Professor de Direito Penal, Processo Penal

e Legislação Penal Especial na Unisal

A doutrina de Robert Merton destacou-se como um marco dentre as teorias estruturais e funcionalistas de explicação da criminalidade. O autor sob comento se utiliza da noção de *anomia*¹ para indicar como o desvio é um produto da própria estrutura social, absolutamente normal, na medida em que esta própria estrutura acaba compelindo o indivíduo à conduta desviante, apresentando-lhe metas, mas não lhe disponibilizando os meios necessários para a sua consecução, de maneira a *tirar-lhe o chão*, abandonando-o sem possibilidades *normais* de obter seus objetivos. Ausentes os meios legais, mas presente a pressão para a conquista dos objetivos impostos socialmente, esse vácuo (*anomia*) necessitará ser preenchido de alguma forma. Essa forma é a perseguição dos fins por meios ilegais, desviantes, já que os legítimos não estão disponíveis.

Segundo Merton, “[...] a desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes” (BARATTA, 1999, p. 63). E mais: “[...] a cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por um lado, aqueles são solicitados a orientar a sua conduta para a perspectiva de um alto bem estar; por outro, as possibilidades de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhes são, em ampla medida, negadas”. (MERTON, Robert apud BARATTA, 1999, p. 65).

A maior crítica que se faz à doutrina de Merton é a de que ela somente explica a criminalidade das classes sociais mais baixas. Ela não serviria para desvelar a criminalidade de *Colarinho Branco* (v.g. econômica, fiscal, ambiental etc.). Isso porque tais sujeitos ativos ocupariam um *status* social elevado e teriam à sua disposição os meios legítimos para o alcance dos fins culturalmente impostos. Mesmo assim incidiriam na senda do crime. A essa questão, a orientação mertoniana não apresentaria uma resposta satisfatória.

Na visão de Merton, essa objeção não seria crucial. Para ele os *criminosos de colarinho branco* seriam

exatamente a personificação do contraste entre os fins culturais socialmente impostos e os meios legítimos para o seu alcance. Os chamados *homens de negócios* que incidem em práticas criminosas seriam, então, aqueles que absorveram amplamente os fins culturais (sucesso econômico), mas, por outro lado, não interiorizaram as normas institucionais que determinam os meios legais para a consecução daqueles fins.

Não obstante, Baratta afirma que “[...] a criminalidade de colarinho branco permanece, substancialmente, um corpo estranho na construção original de Merton. Esta é adequada somente para explicar, naquele nível superficial de análise ao qual chega, a criminalidade das camadas mais baixas” (BARATTA, 1999, p. 67). Aduz o autor que Merton, ao tentar adequar sua explicação à criminalidade de *colarinho branco*, vê-se “[...] constrangido a acentuar a consideração de um elemento subjetivo - individual (a falta de interiorização das normas institucionais) em relação a de um elemento estrutural - objetivo (a limitada possibilidade de acesso aos meios legítimos para a obtenção do fim cultural, o sucesso econômico)” (BARATTA, 1999, p. 66).

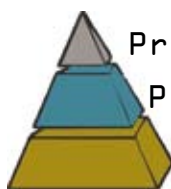
Razão parcial assiste a essa crítica. Efetivamente a adaptação feita por Merton privilegia um aspecto subjetivo em detrimento de um elemento objetivo original, de maneira a desvirtuar a teoria enquanto fórmula explicativa geral.

No entanto, não parece inadapável de forma absoluta a criminalidade de *colarinho branco* à teoria mertoniana de desequilíbrio entre fins culturais e meios institucionais, em sua formulação original.

Essa correlação conturbada entre fins e meios, na realidade da sociedade capitalista, atinge a todos indistintamente. Dependendo da posição ocupada socialmente pelo indivíduo, variará o grau de sofisticação dos fins almejados. No entanto, as pressões exercidas para a conquista destes ou daqueles fins, mais ou menos sofisticados, necessários ou supérfluos, acabam não diferindo qualitativamente entre si em face da interiorização pelos indivíduos em geral das concepções de obtenção sempre maior de bem-estar e acúmulo de riquezas. Para uns, o fim cultural, em face da sua condição social, pode ser somente um carro novo, uma casa ou até mesmo um simples tênis. Para outros, milhões em dinheiro, jatos particulares, jóias etc. Na sociedade capitalista não existem limites para o acúmulo e o consumo, estando invariavelmente submetidos a um afã de progresso econômico infinito todos aqueles que são submetidos e dominados por tal pressão cultural.

Nesse quadro, em qualquer caso, os fins culturais nunca estarão suficientemente equilibrados com os meios legais disponíveis ao seu alcance. Se um empresário já tem altos lucros e muitos bens materiais, estará sempre impelido a aumentar esses lucros e adquirir mais bens. Nem

¹ Para um aprofundamento do conceito *vide*: (DURKHEIM, 2001, p. 59-60).



sempre essa operação é viável pelos meios institucionais, o que o levaria igualmente àquele indivíduo das classes mais baixas, à senda da ilegalidade para a consecução de seus objetivos, os quais só diferem dos deste pelo grau de sofisticação. A *necessidade* de alcance de certos fins na sociedade capitalista é muito mais psicológica do que material e, então, não há diferença substancial entre as expectativas de progresso econômico das classes baixas ou altas, a não ser, como já frisado, pelo grau de sofisticação.

Na verdade, se os fins culturais preconizados por Merton fossem aqueles básicos, que constituem uma necessidade material mínima dos seres humanos, sua teoria não somente seria inválida para as classes superiores, mas também para qualquer uma que estivesse acima da linha da miséria. Como já destacado, esses fins culturais exercem uma atuação muito mais psicológica nos indivíduos, do que constituem verdadeiras necessidades básicas (v.g. roupas da moda, jóias, carros, bebidas, mobiliário luxuoso etc.). Mesmo estando em uma situação econômica privilegiada, pode haver certos objetivos inalcançáveis pelos meios institucionais, mas almejados pelo indivíduo dominado pelo modelo capitalista.

Hobsbawn retrata essa realidade atual:

[...] é evidente que se as pessoas vivem em um nível de subsistência, isto é, sem garantia dos elementos básicos de vida, como alimento, roupa, abrigo, então é muito importante sair dessa situação. Elas ficam felizes simplesmente por viver em uma situação na qual não mais precisam temer a fome. [...] Mas, quando se vive acima do nível da miséria, as coisas são muito diferentes. Mesmo um aumento na renda ou uma ampliação da gama de divertimentos não assegura, de modo necessário ou automático, um sentimento de realização ou satisfação. Num mundo em que as pessoas podem viver de bolo, em vez de pão, não se pode evitar o estresse da inveja e da competição social. Para um indivíduo rico em uma sociedade

dinâmica, é difícil não fazer comparações com a riqueza acumulada por outros membros do mesmo grupo social, mesmo tendo obtido já todo êxito que esperava. [...] E isto, obviamente, reduz a felicidade e aumenta a insegurança. (HOBSBAWN, 2000, p. 126-127)

Do exposto conclui-se que, na verdade, o equívoco de Merton foi quanto a pretender desvirtuar sua teoria original, inserindo um elemento subjetivo desnecessário no caso dos crimes de *colarinho branco*, ao invés de atentar para a natureza homogênea da pressão psicológica dos fins culturais na sociedade capitalista.

Por outro lado, Baratta também critica a teoria mertoniana em virtude de sua negligência quanto à “relação funcional objetiva” entre a criminalidade de *colarinho branco* e a “estrutura do processo de produção e do processo de circulação do capital” legais. Segundo o autor, é fato evidente que “[...] uma parte do sistema produtivo legal se alimenta de lucros de atividades delituosas em grande estilo” (BARATTA, 1999, p. 67).

Sem dúvida, essa é uma lacuna nos estudos de Merton, a qual, porém, não tem o condão de invalidar suas conclusões nos limites a que se propôs.

Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HOBSBAWN, Eric. *O Novo Século*. Trad. Cláudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

3.4.3 Consumo e tráfico de drogas: proporção e alteridade

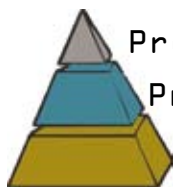
Cíntia de Campos Mendes

*Oficial do Ministério Público lotada na
Procuradoria de Justiça de Combate aos
Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais*

1. Introdução

Indissociável do debate jurídico, a controvérsia há de rondar cada teoria jusfilosófica, cada demanda social a cujo atendimento se faça imprescindível a intervenção heteronômica e cada inovação legislativa. Respeitada, no

entanto, a endemia daquela responsável por dar às discussões acerca da ciência do direito a qualidade de alheias ao campo do absolutismo, é possível ventilar que se admite *como regra* que o decisivo desígnio deste expediente a que a obra humana deu vida, o Direito Positivo, tem como razão de ser a exigência da composição de conflitos *múltiplos* de que o plano da **alteridade** abriga a origem *única*. Percebe-se, pois, que não constitui destinação basilar da ordem normativa posta a previsão de sanções para comportamentos que, partindo do sujeito, venham a afligir direitos que tenham por seus (ou como seus reputados pela convicção genérica), daí por que não se punirem a prostituição, a tentativa de suicídio, a automutilação, mas a exploração da prostituição, as formas de auxílio ao suicídio e as lesões corporais provocadas *no outro* (trazidas à tela referências relacionadas



a alguns dos bens jurídicos tutelados pelo ramo que abraça este estudo, a adoção de visão jurídica holística permitiria abundarem os exemplos).

Em 23 de agosto do ano de 2006, foi publicada a Lei nº 11.343 que, passando a vigorar 45 dias após, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definiu crimes e deu outras providências. Revogando disposições das Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/2002, que tratavam do tema, determinou:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo.

(...)

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

(...)

§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a:

- I – admoestação verbal;
- II – multa.

(...)

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

As condutas incriminadas não se esgotam no texto supratranscrito, porém as referências aqui feitas a *usuário* e *traficante* a essas se deterá. Cumpre lembrar o que estatuiu a Lei nº 6.368/76:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer

forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(...)

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Compulsadas as disposições dos dois diplomas, profunda modificação se evidencia inserida nos tratamentos reservados a usuários e a traficantes de drogas, a partir, no verbo entusiasta, do lídimo reconhecimento das especificidades de suas condutas, resultante na acentuação do afastamento entre as penas cominadas, a ponto de não serem poucos os que chegam a visualizar, quanto aos usuários, ausência de punição. Retoma-se a questão referente à alteridade, a se dizer: presta-se o presente trabalho a analisar o argumento veiculador de que o abismo punitivo trazido pela intitulada Nova Lei Antidrogas (NLA) no que respeita às condutas de usuários e traficantes se deveu, com justiça, ao fato de que: com sua atitude, difunde o traficante malefícios, fazendo irradiar a deterioração pelas drogas e a prática de crimes correlacionados, o que contribui para a ruína social estampada com perspicuidade cada vez maior; ao passo que, ao consumir, independentemente do que a tal o conduza, incorre o usuário em espécie de violência *contra si*, dirigindo-se ao adoecimento, o que o torna digno de punição suave, puramente educativa, ou mesmo de ter verdadeiramente descriminalizada a ação que perpetra (o que, aliás, há quem entenda já haver sido levado a efeito pela NLA).

2. Impropriedade da coluna erguida entre os artigos 28 e 33: não reconhecimento da extensão social da conduta do usuário

O advento da Lei nº 11.343/2006 suscitou alterações as mais diversas, podendo-se admitir boa recepção por parte de especialistas e de largos setores sociais. Em seu bojo, a novel legislação apresentou dois principais objetivos: tratar o viciado em drogas – termo que compreende, segundo o parágrafo único de seu artigo 1º, “[...] as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” – como **enfermo**, carente de cuidados especiais e penalidades mais abrangentes, a fim de permitir sua reinserção na comunidade como indivíduos são; imputar ao traficante e ao financiador do tráfico ilícito tratamento enobrecido por maiores presteza e rigor, com



respaldo na ideia de a estes ser verdadeiramente atribuída a responsabilidade pelas destruições pessoal e social causadas ou influenciadas pela utilização e comercialização de tais substâncias e produtos.

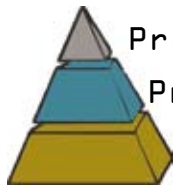
Não se vá opor ao propósito consistente em reinserir socialmente o usuário. A reabsorção do infrator pela coletividade, a despeito da conjuntura fática, deve-se insistir em encarar como finalidade inerente à aplicação de toda e qualquer sanção criminal. Com efeito, há que se aspirar à pena que, na prática, não somente retribua o dano causado pela lesão à ordem jurídica material, mas que adquira, em nível social, papel de recolocação. Ocorre que, no que esse ponto se relaciona à NLA, indaga-se, com razão, a respeito da *eficácia* dos dispositivos aplicáveis aos usuários no sentido da real prevenção à contumácia, com consequente recolhimento do indivíduo por parte do todo. A NLA é também alvo de questionamentos em razão das falhas atinentes à punibilidade dos pequenos transportadores (braços muitos do *tráfico* que, em virtude da pequena quantidade de droga que consigo levam, acabam por incorrer, quando imputáveis, nas penalidades do artigo 28). Em plano outro de debate, discute-se o papel atribuído aos juízes, já que a eles foi deferida a incumbência, caso concreto, do enquadramento do indivíduo no conceito de *usuário* ou de *traficante*.

No seio de uma história que não mais se descreve pela tinta da pena, é fato que o consumo de drogas transpassa definidos e tênues limites, fazendo-se presença corriqueira em casebres, porões e palacetes, nas vielas e nos centros urbanos, nos remotos rincões, em vidas que não raro se desenvolvem mediante o exercício de atividades e ofícios para a condução dos quais é exigível médio ou elevado grau de clareza e sanidade. A respeito de tais atividades, cediço é que, por vezes, encontram-se intimamente ligadas à própria operação do Direito, à aplicação mesma das normas aos casos que se subsumem às descrições típicas constantes da lei que ora se examina. Tomar o usuário, qualquer que seja, como enfermo, em boa parte dos casos acaba por se converter em verdadeira **criação** dessa condição, o que impede o devido exame de sua responsabilidade global e dos atributos que exerce (ou exerceu) no momento em que assume (ou assumiu) o polo reservado ao consumidor. Não é dado desprezar a existência de pessoas gravemente dependentes, não mais consideráveis como plenos guias de seus destinos e ações, pessoas às quais, por certo, há de dispensar a lei o devido cuidado, respeitando-lhes os limites e as necessidades específicas. No entanto, a referida generalização implica a desconsideração de passos originários, fundados, no mais das vezes, em exercício consciente de autonomia, em que pese a imediatismos, modismos e eventuais “distorções valorativas”. De resto, já se oferece tratamento jurídico diferenciado àqueles considerados não dotados do discernimento necessário para a correta compreensão do próprio agir, nos termos da Parte Geral do Código Penal Brasileiro.

O usuário de drogas, ao contrário do que há quem busque defender, não somente a si ofende no momento em que permite que a possibilidade da dependência físico-psíquica e do descaminho que se costuma a ela relacionar rompa-lhe os umbrais da vida, adentrando-a. Já não se poderia equiparar sua conduta à daquele que, consigo insatisfeito, retalha o corpo, pelo simples fato de que o mergulho na espécie delitiva em tela tem começo *na relação com o traficante* ou quem o valha. Trata-se, pois, e já de início, de atitude criminoso-lesiva **dialógica**.

O enlace do indivíduo com o *outro* não se esgota, porém, na interação geradora da condição de usuário, de consumidor. Em verdade, aquele que se torna, por certa quantia em dinheiro, por outro bem economicamente valorável ou, ainda, gratuitamente (no bojo de estratégia de atração), adquirente de uma dada quantidade de substância abrangida pelo indigitado conceito de droga, a fim de consumi-la, decerto não supõe que ali se encerre sua atuação. Insere-se o usuário, **com sua anuência**, em nada menos que um *sistema*, um emaranhado de pessoas, condutas, necessidades e aparatos unidos por laços de dependência que partem do usuário para as drogas e o traficante; do traficante para o usuário e para os mecanismos de cobrança de dívidas, aplicação de sanções e proteção aos negócios; de tais mecanismos para a prática de corrupção ativa e passiva, de prevaricação, de crimes contra o patrimônio, a vida, a integridade corporal e outros. O fato de consistir a utilização de drogas em fermento nutritivo de uma organização paralelamente constituída e pernicioso à sociedade como um todo é patente, mesmo para aqueles que insistem em não *se reconhecerem* como lesados pelo consumo cada dia menos prescindível a suas vidas. Incabível, para dizer o mínimo, é apartar de tal forma consumidores e fornecedores em termos penais quando os fatos não o fazem nem o autorizam. Equivocado é o entendimento segundo o qual somente o operador ativo do tráfico deve suportar o peso das mazelas carreadas pela realidade complexa que é gerada pelas drogas. Não se vá longe para compreender que a carência de educação é universal, que *traficantes* e *usuários* não raro despontam da mesma veia histórica. Esclareça-se que não se pretende equiparar as condutas, com a maximização da gravidade de uma e a eufemização da reprovabilidade de outra. O que se tenciona consignar é que ressoa fruto de irrazoabilidade legislativa a intensidade de uma distinção decorrente da não consideração dos aspectos integrais do desempenho consciente do usuário, que tantas consequências engendra.

Abraçada a idéia, não há que se falar em tamanha discrepância de responsabilidade, por tantos que são os males apensos às drogas, entre as duas figuras. Menos se faz que aduzir que, ausente quem consome, tampouco subsiste o tráfico. Conquanto não fuja à verdade, tal assertiva pode significar, levada ao último grau, grosseira simplificação. A análise pode repousar sobre o fato de que aquele que se propõe a fazer uso de drogas alheio não se acha à previsão do que sua participação incentivar, não somente em termos



econômicos, e de que apto passa a estar, no círculo de suas relações pessoais, a significativamente contribuir para a socialização do consumo, bem assim a incitar, com seus desvios comportamentais, o desconforto e a insegurança alheios. Mais do que encontrar-se ciente de que sua paga alimentará, no particular, uma estrutura global, o usuário, não se tema afirmar, *deseja* impulsionar a roda viva das drogas, para que, inclusive, possa nelas persistir.

Na intenção de afastar, total ou parcialmente, o usuário das considerações aqui aventadas, é possível, em face do grau de disseminação e de incorporação social das drogas (talvez responsável por colocá-las no plano da aceitação geral e da normalidade), atentar para eventual ignorância acerca da ilicitude do uso ou desconhecimento quanto à cadeira perversa de eventos que este é apto a suscitar e movimentar. Eventualmente, pode-se recorrer a indicar o consumidor como alguém que não necessariamente assuma ou corrobore as distorções sociais arrastadas pela droga, ainda que não lhe abra mão da utilização que reconhece contrária a dado preceito primário normativo. Entretanto, a uma, normas aplicáveis a quem comprovadamente age mediante erro já possuem endereço certo no arcabouço jurídico; a duas, se, na pura alegação de excessiva ingenuidade, não se puder fundar argumento, de todo modo não se aplaude o fato de a ordem jurídica comportar qualquer espécie de achaque, e assim deverá ser compreendido o caminho aberto para esquivas com mera serventia de conveniência. A estrutura criada pela NLA é benéfica àqueles a quem aproveita o estado de cegueira, ainda que não autêntico. Fragmenta-se, pois, o unitário, e poder-se-ão vislumbrar alguns efeitos solitários, separados das causas e, igualmente, solitários mercantes, afastados das pessoas a quem se destinam seus produtos, as quais retornam, consumado o ajuste, ao berço de suas quiçá retas e monótonas existências.

3. Conclusão

Os critérios ensejadores das tipificações e penalizações sobejam. É possível que haja raciocínio plausível com aptidão para fundamentar o hiato desenhado entre os artigos 28 e 33 da NLA. É louvável que se tratem os doentes, que se individualizem penas e que se busque, *ad infinitum*, correção ao delinquente. O que não parece justificável é a proposta de enfermar o são, retirando-lhe, com penas brandas por si sós e na comparação com a cominada à atividade do tráfico, o peso da responsabilidade que de fato possui. Vale dizer, andou a NLA na própria contramão. Não condiz com o objetivo precípuo de promover educação a permissão para que o usuário feche os olhos à aceitação da real dimensão de seus atos, sabidamente velha conhecida, abrindo-se espaço para exagerada vitimização. Urge ao legislador ordinário redimensionar a pena cominada ao consumo. Este, juntamente com o tráfico ilícito de drogas, figura na lista negra das comunidades como moléstia em si e, noutro giro, como causa de desarranjos muitos. Não satisfeita em desvirtuar as funções do organismo humano, assiste às drogas, em última análise, o condão de realizar verdadeira retirada do sujeito de sua função social, atribuindo-lhe, ao revés, nocivo e controvertido papel difusor. Lado a lado devem caminhar a veemência do combate e a atribuição a cada um do que em verdade lhe compete. Enquanto distante o alcance da tão reclamada **efetividade** da aplicação penal, algoz da certeza de impunidade que nestes tempos predomina, que o recurso ao rigor da cominação abstrata não ignore o contexto **uno** em que se ligam condutas diversas. Enquanto se persegue a proclamação do quimérico reinado da educação, que os textos legais não insistam em homologar descomedida distância entre as mãos que adquirem e entregam drogas, tão próximas que se põem no ato da negociação.

3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

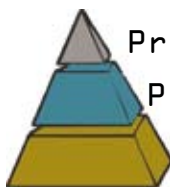
A) Obras Doutrinárias

3.4.4.1 D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (Orgs.). **Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** São Paulo/Coimbra: Revistas dos Tribunais/Coimbra Editora, 2006. 506 p.

Com prefácio e co-autoria do ilustre Professor lusitano Jorge de Figueiredo Dias, a obra traz uma série de trabalhos específicos de vários penalistas brasileiros que aprofundaram seus estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em níveis de pós-graduação, mestrado e doutorado, sobre o chamado Direito Penal Secundário – este reconhecido como um novo paradigma funcionalista – e o seu relevante papel de proteção aos bens jurídicos coletivos na sociedade contemporânea notadamente globalizada.

Como vimos, o livro leva em conta a linha de pesquisa desenvolvida no âmbito da conhecida Academia portuguesa. Segundo palavras do ilustre catedrático Figueiredo Dias, o tema

(...) suscita o confronto (mas também a necessidade de diálogo) entre o paradigma clássico do direito penal – virado para uma



tutela subsidiária de bens jurídicos eminentemente individuais – e um novo paradigma funcionalista – legitimamente preocupado com as condições de eficiência e de viabilidade dos sistemas de protecção colectiva. Será certamente no domínio do chamado direito penal ‘secundário’ e não no direito penal ‘primário’, que nos próximos tempos se ganhará ou perderá a batalha em favor de um direito penal, que certamente todos desejamos, que possa continuar a proteger os valores intrínsecos da pessoa como indivíduo, mas que ao mesmo tempo não minimize, ao contrário, as exigências de subsistência da comunidade global em que se integra (p. 6).

Ainda sobre o direito penal secundário, Guilherme Costa Câmara, em texto específico na obra, orienta sobre a imprescindibilidade de “uma análise que se volta para a necessidade de tutela responsável e equilibrada dos ‘novos riscos’ de sua implicada identificação de novos bens jurídicos (coletivos), pondo-se, logo em destaque, como não podem deixar de ser, os déficits de eficiência ou de capacidade funcional do direito penal clássico para o enfrentamento de novas realidades delitivas, a justificar a construção de um instrumental que se vale de modo acentuado da técnica do perigo abstrato, orientado à prevenção de macrovitimizações – vitimizações indiscriminadas que constituem uma das notas distintas da denominada ‘sociedade de risco’ – e que tem vindo a abrigar-se sob a malha protetiva extravagante do *direito penal secundário*” (p. 215-216).

B) Artigos

3.4.4.2 JESUS, Damásio de. *Stalking*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 56, p. 66-70, jun./jul. 2009.

O tema aqui tratado por Damásio de Jesus é extremamente atual, chegando a ser considerado uma realidade mundial.

Stalking, na lição do conhecido doutrinador, é uma forma de violência geradora de perturbação emocional na qual o sujeito ativo (geralmente o homem), por questões de amor, desamor, vingança, inveja, ódio, brincadeira etc., invade a esfera de privacidade do sujeito passivo (geralmente a mulher), passando a persegui-lo socialmente de forma incansável, empregando táticas e meios diversos, tais como cartas apaixonadas, e-mails, presentes não solicitados, recados por interposta pessoa, por meio de rádio, jornal ou em faixas amarradas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola, trabalho, espera de passagem em determinados locais, ramalhetes de flores.

No ordenamento pátrio, entende Damásio de Jesus que o *stalking* configura a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, prevista no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, muito embora sugira que, diante de sua gravidade e repercussão, o melhor seria a sua convalidação em crime específico (infração autônoma).

3.4.5 Jurisprudência da área

3.4.5.1 TJMG, 3ª Câmara Criminal. *Interdição administrativa de cadeia pública. Instalações inadequadas*

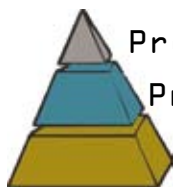
EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA DO PODER EXECUTIVO - INOCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS - UNIDADE PRISIONAL - SITUAÇÃO FALIMENTAR - INTERDIÇÃO MANTIDA

(...)

Trata a espécie de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado pelo ESTADO DE MINAS GERAIS através de seus Procuradores Cleber Reis Grego e José Sad Júnior, em face do MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE MANHUMIRIM, que nos autos do Processo de nº 0392.08.018455-3, decretou “a interdição administrativa total da cadeia pública de Manhumirim, por tempo indeterminado, até que sejam sanadas as irregularidades e inadequações verificadas”, devido a “...precariedade de suas instalações, carências de policiais, lotação acima do estabelecimento e constantes fugas”, determinando, por conseqüência, a transferência de todos os presos no prazo de 30 (trinta) dias e a proibição de internação de novos detentos.

(...)

Sendo assim, embora seja princípio basilar a observância da separação de poderes, não cabendo ao Poder Judiciário



Proteção dos bens jurídicos mais relevantes

Proporcionalidade

Ressocialização

imiscuir em matéria afeta ao Poder Executivo, é também dever do Poder Judiciário resguardar o cumprimento da nossa Carta Maior quando a mesma restar descumprida, atuando como catalisador da vontade constitucional, podendo/ devendo ter uma postura mais agressiva, mesmo que implique em ônus financeiro ou em implementação de políticas públicas.

(...)

Também não se pode perder de vista alguns dos preceitos fundamentais insculpidos na nossa Carta Maior, os concernentes à vida e à dignidade da pessoa humana, com a observância das necessidades básicas do cidadão.

O Poder Judiciário busca, nesse caso, a preservação da vida, porque, ninguém melhor que o Magistrado, que está diante da realidade social enfrentada dentro do presídio da Comarca, para saber da necessidade ou não da interdição levada a cabo.

A decisão combatida limitou-se a exigir o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, dever do Poder Público para com o cidadão, não havendo qualquer ingerência sobre as decisões políticas ligadas ao controle penitenciário, tais como construção, reforma, ampliação e melhoria de condições do presídio.

Não se pode, nessa esteira de raciocínio, “virar as costas” para a precariedade em que vivem os detentos do Estado, em especial da Comarca de Manhumirim, com argumento de que “outros presídios possuem o mesmo problema, as verbas são escassas ou que a transferência dos presos levaria o problema para longe dos olhos da comunidade”, ficando o preso a esperar disponibilidade orçamentária do Poder Executivo e um planejamento que não implementado.

(...)

A lei de Execução Penal, no seu artigo 66, VIII, atribui ao Juiz da Execução Criminal a referida competência in verbis, “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, in Execução Penal, 10.ed., p. 214:

“Se, por deficiências materiais, falta de segurança, inexistência de condições de salubridade etc., verificar o juiz a impossibilidade de se atender aos requisitos mínimos previstos para a execução penal, deve interditar o estabelecimento total ou parcialmente. Evidentemente, tal determinação somente se justifica na hipótese de graves irregularidades ou deficiências, que não possam ser sanadas por outros meios menos drásticos, já que a interdição, principalmente nos estabelecimentos penais de grande porte, provoca sérios problemas de acomodação de população carcerária.”

(...)

Por fim, o fato do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais se esforçar sobremaneira na construção de novas instalações prisionais, visando abrigar o grande número de detentos e diminuir a superlotação daquelas existentes, não lhe dá o direito a nenhuma honraria ou aclamação, porquanto é o mínimo que se deve fazer diante da obrigação que lhe é imposta constitucionalmente.

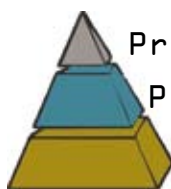
O Estado-Administração não está a realizar nada além do necessário, sendo certo que o ideal consistiria em nunca deixar a situação chegar ao nível de precariedade em que chegou, gerando inclusive a insegurança da população das comunidades.

Como atualmente a situação carcerária está bem distante do ideal, torna-se imprescindível a atuação jurisdicional, para que a população carcerária, formada em sua maioria pela camada mais pobre da população, possa usufruir do mínimo conferido pela Constituição.

Adotando este julgador uma tendência constitucional mais moderna, no sentido de dar maior efetividade à chamada “Constituição Cidadã”, que está a completar 20 anos, CONCEDE-SE PARCIALMENTE A SEGURANÇA para que os presos existentes na Unidade Prisional da Comarca de Manhumirim lá permaneçam momentaneamente, sendo transferidos paulatinamente, em prazo razoável, para as outras Unidades Prisionais do Estado (de preferência as existentes nas Comarcas mais próximas), até que as irregularidades sejam sanadas, ficando claro que nenhum outro detento, provisório ou não, deve dar entrada naquele presídio. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Mandado de Segurança nº 1.0000.08.471537-4/000, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. 16.09.2008, DJ 19.11.2008).

3.4.5.2 STJ, 6ª Turma. *Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Necessidade de perícia*

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENALE PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. 1. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REFERÊNCIA A DADOS CONCRETOS. 2. EMPREGO



DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CAUSA DE AUMENTO. INAPLICABILIDADE. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não há irregularidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando são invocados fundamentos suficientes, com apoio em dados concretos dos autos. Todavia, é possível a imposição de aumento em patamar menor, para que a pena ao final aplicada não resulte desproporcional aos fatos cometidos. 2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento. 3. Ordem concedida para redimensionar a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 90 dias-multa no valor unitário mínimo. (STJ, 6ª Turma, HC 72047/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26.05.2009, DJe 15.06.2009).

3.4.5.3 STJ, 5ª Turma. Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Dispensabilidade de perícia

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA BRANCA). AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO QUANDO PROVADA A SUA UTILIZAÇÃO POR OUTROS MEIOS.

1. Esta Corte entende que é dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, mormente em se tratando de um estilete, de potencialidade lesiva presumida, quando existem outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Precedentes. 2. Ordem denegada. (STJ, 5ª Turma, HC 127661/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.05.2009, DJe 08.06.2009).

3.4.5.4 TJMG, 4ª Câmara Criminal. Regime semi-aberto. Ausência de vagas. Pedido de transferência para prisão domiciliar. Indeferimento

EMENTA: HABEAS CORPUS. REGIME SEMI-ABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. SOLTURA DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO-OCORRÊNCIA. A pequena demora na transferência do preso para o estabelecimento penal adequado, decorrente do reduzido número de vagas existentes, não tem o condão de configurar constrangimento ilegal passível de correção pela estreita via do remédio heróico.

(...)

O paciente, segundo se infere dos autos, aguarda a disponibilização de vaga pelo Estado para ser transferido da Penitenciária de Segurança Máxima de Contagem onde se encontra preso.

A meu modesto sentir, a pequena demora na sua transferência, decorrente do reduzido número de vagas existentes, não tem o condão de configurar constrangimento ilegal passível de correção pela estreita do remédio heróico.

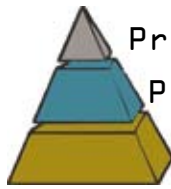
Ora, o paciente cumpre condenação que transitou em julgado e não possui, por isso, o direito líquido e certo de locomoção, ainda mais se levado em consideração que a impetração postula a expedição de alvará de soltura em seu favor, o que configuraria a consolidação da impunidade com graves prejuízos para o trabalho de defesa social.

De fato, se o Estado se mantém omissos na sua tarefa de disponibilizar estabelecimentos penais adequados à execução da pena, isso não pode servir de pretexto para que os sentenciados deixem de cumprir as reprimendas que recebidas por gravíssimas infrações criminais, valendo lembrar que não se tem admitido, em substituição, nem mesmo o deferimento do benefício da prisão domiciliar que “aos olhos do bom cidadão - o qual sobejam razões de descrédito na tutela legal - a execução da pena no “doce conforto do lar” tem a cor, o sabor e o valor da impunidade” (TACRIM-SP - RA - Rel. Juiz Corrêa de Moraes - BMJ 88/2 e RJD 13/34).

(...)

De outro turno, entre os direitos conferidos aos presos, estampados no artigo 41 da Lei de Execução Penal, não está arrolado o de ser transferido para regime menos rigoroso, tampouco ou de ser posto em liberdade, quando constatada a impossibilidade de cumprimento da pena em estabelecimento compatível com o regime estabelecido na sentença.

Por fim, tem-se que, se a douta Magistrada, já requisitou vagas em estabelecimento penal (não havendo, pois, qualquer arbitrariedade ou ilegalidade patente), descabido sequer apontá-la como autoridade coatora, reforçando, novamente, a tese de que a inércia e a omissão realmente devem ser atribuídas ao Poder Executivo. (TJMG, 4ª Câmara



Proteção dos bens jurídicos mais relevantes

Proporcionalidade

Ressocialização

Criminal, HC nº 1.0000.08.478056-8/000, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 27.08.2008, DJ 09.10.2008).

3.4.5.5 STJ, 5ª Turma. *Regime semi-aberto. Ausência de vagas. Pedido de transferência para prisão domiciliar. Deferimento*

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO AO REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DESVIO DE FINALIDADE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.

1. Consubstancia-se constrangimento ilegal, sanável por habeas corpus, o cumprimento de pena em regime prisional mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória estatal.

2. Habeas Corpus concedido para assegurar ao Paciente o seu direito de cumprir a pena no regime semi-aberto, que lhe foi imposto na sentença condenatória ou, não sendo possível, para permitir que aguarde a abertura de vaga em estabelecimento adequado ao regime menos gravoso (aberto), admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até que o Juízo das Execuções assegure ao Paciente vaga no estabelecimento prisional adequado ao regime semi-aberto. (STJ, 5ª Turma, HC 101901/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.09.2008, DJe 29.09.2008).

Informações Variadas

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 SOCIEDADE EM DEBATE

4.1.1 A Violência nos Espaços Escolares. Entre a Identidade e o Desenraizamento, pontos para uma reflexão

Rosângelo Rodrigues de Miranda

Doutor em Direito pela PUC-SP

*Professor de Direito Constitucional na FADIVALE
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de
Minas Gerais, com exercício em Governador Valadares*

“[...] onde a perseguição é deliberadamente esperada, há risco de que ela seja provocada numa tentativa de fugir à loucura ou ao delírio”

Winnicott

Quem é o outro (*alter*) ao qual agrido/sou agredido nos espaços escolares que fere minha identidade?

Reconheço-me no outro ou o outro me é estranho?

No espaço da ética e da moral, o jovem só se responsabiliza por aquilo que identifica como próximo, que lhe toca.

Na juventude, o campo do terceiro, do institucional, a regra impessoal ainda não está plenamente desenvolvida. Neste estágio, o mundo se organiza por identidades.

Ausente a empatia subjetiva, ocorre, pelo estranhamento, a violência.

A escola, enquanto espaço de vivência, é estranha aos alunos.

Suas regras, seus formalismos, seus hábitos, sua inautenticidade, sua dissonância entre o discurso e a prática gera, no aluno adolescente, não raro, um sentimento de inadequação, de não reconhecimento.

O inautêntico, diz Heidegger, é aquele que não vive a vida vivida, o que se esconde encobrendo os horizontes de suas escolhas. O que nega o viver e se alheia na crítica pura da ausência de sentido do viver. Nega a finitude do seu viver defendendo um ideal de perfeição não passível de efetivação.

No caso da escola, ela se nega a viver com as condições concretas em que está inserida, em prol de um discurso de perfeição que virá com a próxima reforma, com o próximo método, com o próximo formalismo.

O tempo do jovem é imediato. Em face dessa inautenticidade, ele não se reconhece e, portanto, não reconhece o espaço da escola como legítimo, aquilo que não lhe é idêntico, pois o que caracteriza o jovem é a busca pela autenticidade, aquilo que não sonha os sonhos dele lhe é estranho, e o estranho, repita-se, gera a violência.

Grande parte da violência nas escolas, a par dos fatores exógenos como desagregação familiar, tráfico de drogas, gangues, etc., vem desta falta de reconhecimento, deste sentimento de inadequação, deste desenraizamento.

Há um hiato entre o jovem e a escola, tanto quanto tem havido um sentimento de despertencimento entre o jovem e a família.

Não há cuidado na escola. Não havendo cuidado, não há reconhecimento; não havendo reconhecimento, não há responsabilização moral, não há culpa pelo que ocorre com a escola ou com o outro, não se cria vínculo.

A escola que não oferece cuidado e envolvimento favorece o surgimento da violência. É preciso criar um ambiente bom, acolhedor, autêntico, não perseguidor, que gere no aluno um sentimento de pertencimento e reconhecimento. Criando-se o vínculo, a violência fica em segundo plano ou torna-se residual.

O Órgão do Ministério Público que se vê diante de ocorrências de violência escolar, antes de propor punições ou regras, deve procurar perceber e sentir a existência deste desenraizamento existente entre a escola e o jovem, visando contribuir, com sua ação comedida e dialogante, para que, minimamente, alguns traços de pertencibilidade e vínculos sejam estabelecidos entre a escola e o jovem. Neste quadro, o Órgão do Ministério Público é muito mais um mediador que um ofertante de soluções prontas e definitivas.

A escola deve, portanto, refletir e ofertar cuidado e autenticidade em busca de criar vínculos e reconhecimento. Havendo por parte do jovem um sentimento de pertencibilidade e enraizamento, a violência nas escolas, acredito, diminuirá.

4.2 ESTUDOS EM CRIMINOLOGIA

4.2.1 Criminologia e Psicanálise: breves considerações sobre a visão de Jacques Lacan

Lélio Braga Calhau

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha)
Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ)
2º Diretor-Secretário do ICP – Instituto de Ciências Penais do Estado de Minas Gerais
Autor do livro Resumo de Criminologia

Resumo: 1. Notas introdutórias. 2. Lacan e o Crime. 3. Lacan e a Criminologia. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Lacan; Criminologia; Psicanálise.

1. Notas Introdutórias

Jacques Lacan, antes de ser um dos notáveis da Psicanálise, foi um pensador. Sua contribuição foi além da doutrina freudiana, ao fundir a Psicanálise com o saber oriundo de outros ramos do conhecimento, como a Linguística, a Filosofia etc. Ele ousou na história do próprio pensamento ocidental com sua abordagem da Psicanálise.

É curioso como diversos psicanalistas como Freud, Lacan, Maud Mannoni¹, entre outros nomes, em algum momento de seus trabalhos tiveram de conectar de alguma forma a Psicanálise com o crime ou a própria Criminologia². Freud, em alguns momentos de seus estudos, também discorreu sobre o crime.

Psicanálise e Criminologia são ciências, para os que defendem esta visão, que surgiram em uma época muito recente. Cesare Lombroso³ publicou “O

homem delinqüente” em 1876⁴; Freud publicou o livro “A interpretação dos sonhos” em 1900. Ambas as teorias tiveram uma forte influência do pensamento do final do século XIX e se desenvolveram com grande velocidade nas primeiras décadas do século XX, a Criminologia com a influência pragmática do pensamento norte-americano, utilitarista, e a Psicanálise com o sopro revitalizador do pensamento lacaniano a partir da década de 1940.



Segundo Elizabeth Roudinesco:

Se Lombroso inventou a falsa teoria do ‘criminoso nato’, ele foi também o primeiro grande teorizador do crime a constituir uma documentação sobre a criminalidade, escrita pelos condenados; diários íntimos, autobiografias, depoimentos, grafites de prisioneiros e anotações em livros de bibliotecas. Assim a criminologia nascente não se contentava em classificar taras e estigmas, porém já afirmava, como fizera Freud ao lutar contra o niilismo terapêutico, a necessidade de incluir no estudo do crime a fala do principal interessado: o próprio criminoso.⁵

2. Lacan e o crime

Curiosamente, foi um crime que chamou a atenção do jovem Lacan que fez com que ele, em 1932, defendesse sua tese de medicina “Da psicose paranóica em suas relações com a personalidade”, após ter acompanhado, por cerca de um ano e meio, a história que ele mesmo chamou de “Caso Aimée”.

Segundo Elizabeth Roudinesco:

No Hospital Sainte-Anne, durante um ano, Lacan utilizou todos os meios à disposição para construir um caso de paranóia de autopunição, mais próximo de suas preocupações doutrinárias que do verdadeiro destino de Marguerite Pantaine. Essa mulher, que malograra em seu crime, apresentava sinais reais de paranóia e,

medicina forense e higiene (1876), psiquiatria (1896) e antropologia criminal (1906) na Universidade de Turim. Foi também diretor de um asilo mental na Itália. As idéias de Lombroso sustentaram um momento de rompimento de paradigmas no Direito Penal e o surgimento da fase científica da Criminologia. Lombroso e os adeptos da Escola Positiva de Direito Penal rebateram a tese da Escola Clássica da responsabilidade penal lastreada no livre-arbítrio.

⁴ Embora parte da doutrina defenda que a publicação de “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria em 1764 seja o marco do surgimento da “fase científica” da Criminologia, foi Lombroso que introduziu o método empírico na Criminologia, sendo esta sua notável e principal contribuição para a Criminologia.

⁵ ROUDINESCO, Elizabeth; PLON, Michel. *Dicionário de Psicanálise*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 139.

Informações Variadas

sem dúvida nenhuma, era ao mesmo tempo perseguida, megalômana e mística.⁶

Pouco depois, outro crime chamou a atenção de Lacan, que buscava construir a sua visão particular da Psicanálise: o caso das irmãs Pappin (1933). Todavia, já houve uma mudança de paradigma da visão lacaniana entre o Caso Aimée e o das Irmãs Pappin.

Para Roudinesco:

De um crime a outro, de Marguerite a Christine, Lacan havia passado portanto de um monismo spinoziano, no qual pensava a personalidade como uma totalidade que incluía a norma e a patologia, a um monismo hegeliano, que o fazia abandonar a idéia mesma de personalidade em favor da idéia de consciência de si. Mas será preciso esperar o ano de 1936 para que seu encontro com o sistema hegeliano traga realmente seus frutos, a partir da dupla experiência do divã de Loewenstein e do seminário de Kojève.⁷

3. Lacan e a Criminologia

Na jornada pessoal do desenvolvimento de suas idéias e da própria Psicanálise, houve dois momentos bem específicos que levaram Lacan a tratar diretamente das relações da Psicanálise com a Criminologia: o primeiro foi a comunicação para a XII Conferência dos Psicanalistas de Língua Francesa, em 29/05/50, publicada com o título “Introdução teórica às funções da Psicanálise em Criminologia” na Obra “Escritos”, no ano de 1966, e o segundo momento no retorno do mesmo tema, com a publicação de “*Premissas a todo o desenvolvimento possível da Criminologia*”, um resumo das respostas fornecidas por ocasião do debate sobre esse primeiro relatório e que se encontra na obra “Outros escritos”, publicada por Jacques-Alain Miller em 2001.

Lacan deixa claro nesses dois artigos o papel da lei em sua interação com a subjetividade humana e a relação dialética da lei com o crime, uma criação da cultura.

Lacan rejeita a tentativa anterior de Cesare Lombroso com sua teoria do delinqüente nato, de olhar o criminoso como um ser primitivo, atávico, bem como rejeita a concepção da categoria de crime natural, a qual a Criminologia tentou sem sucesso desenvolver, em especial, com Garofalo.

⁶ ROUDINESCO, Elizabeth. *Jacques-Lacan: esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento*. Tradução de Paulo Neves. Companhia das Letras, 2008. p. 68.

⁷ ROUDINESCO, op. cit, p. 96.

Para Lacan:

A psicanálise amplia o campo das indicações de um tratamento possível do criminoso como tal – evidenciando a existência de crimes que só tem sentido se compreendidos numa estrutura fechada de subjetividade – nominalmente, aquela que exclui o neurótico do reconhecimento autêntico do outro, amortecendo para ele as experiências da luta e da comunicação social, estrutura esta que pode deixar atormentado pela raiz truncada da consciência moral que chamamos de supereu, ou, dito de outra maneira, pela profunda ambigüidade do sentimento que isolamos no termo culpa.⁸

Tal advertência é de suma importância e atualidade para a Criminologia, invadida que foi pelas teorias macrosociológicas norte-americanas, as quais gozam de grande aceitação, por darem uma visão de conjunto do fenômeno criminal; entretanto, não aprofundam a história de cada indivíduo com todas as suas particularidades psicológicas.⁹

Ainda Lacan:

Isso porque a realidade humana não é apenas obra da organização social, mas é uma relação subjetiva que, por estar aberta à dialética patética que tem de se submeter o particular ao universal, tem seu ponto de partida numa dolorosa alienação do indivíduo em seu semelhante, e encontra seus encaminhamentos nas represálias da agressividade.¹⁰

Uma das preocupações da Criminologia é a busca da verdade, ou, da percepção mais próxima possível de toda a complexidade do fato criminal, procura que não é a mesma do Direito Penal com suas “verdades jurídicas”. A Psicanálise, neste ponto com Lacan, auxilia na busca dessa verdade quando inclui a subjetividade do delinqüente no foco do criminólogo, não deixando-o alienado de sua história.

É sobre isso que adverte Lacan:

A ação concreta da psicanálise é de benefício numa ordem rija. As significações que ele revela no sujeito culpado não o excluem da comunidade humana. Ela possibilita um tratamento em que o sujeito não fica alienado em si mesmo. A responsabilidade por ela

⁸ LACAN, Jacques. *Premissas a todo o desenvolvimento da Criminologia*. In: LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 128.

⁹ Sobre a visão psicanalítica da perversão em crimes como pedofilia, terrorismo etc., vide a recente obra de Elisabeth Roudinesco. *A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. 223 p.

¹⁰ LACAN (2003), *ibidem*.

restaurada nele corresponde à esperança, que palpita em todo o ser condenado, de se integrar em um sentido vivido.¹¹

4. Considerações finais

O condenado vive em um sistema opressivo e com fins manifestos e ocultos. A ressocialização é um dos objetivos apregoados e nem sempre atingidos.

A Criminologia atual trabalha com teorias de grande aceitação, sendo dominada na atualidade pelas macrossociológicas, as quais abandonam o foco do ser humano para procurar padrões de comportamento em grupos dos mais diversos tamanhos, perdendo a essência da pessoa humana que está sendo julgada pelo ato criminoso.

Restaurar a história do sujeito que cumpre a pena é humanizar aspectos que a frieza das teorias criminológicas modernas não consegue alcançar, resgatando a dor que todo evento criminal também traz para os seus autores.

Finalizando, com Lacan, que frisa a idéia da responsabilidade do sujeito:

A verdade que a psicanálise pode conduzir o criminoso não pode ser desvinculada da base da experiência que a constitui, e essa base é a mesma que define o caráter sagrado da ação médica – ou seja, o respeito pelo sofrimento do homem.

A psicanálise do criminoso tem limites que são exatamente aqueles em que começa a ação policial, em cujo campo ela deve se recusar a entrar. Por isso é que não há de ser exercida sem punição, mesmo quando o delinqüente, infantil, se beneficiar de uma certa proteção da lei.¹²

¹¹ LACAN (2003), p. 131.

¹² LACAN (2003), p. 131.

5. Referências bibliográficas

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LACAN, Jacques. Premissas a todo o desenvolvimento da Criminologia. In: LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROUDINESCO, Elizabeth. *Jacques-Lacan: esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento*. Tradução de Paulo Neves. Companhia das Letras, 2008.

_____. *A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007.

ROUDINESCO, Elizabeth; PLON, Michel. *Dicionário de Psicanálise*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 A legalidade da investigação criminal por parte do Ministério Público

Camila de Cássia Braga

*Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais –
Procuradoria Geral de Justiça
Estudante do 9º período da Universidade FUMEC*

Introdução

Este artigo visa investigar a legalidade da investigação criminal por parte do Ministério Público, levando em conta a divergência existente entre renomados autores de Direito Processual Penal e a polêmica surgida nos Tribunais Superiores acerca desse tema.

Com efeito, inúmeros são os argumentos utilizados para afirmar ou até mesmo para negar a legitimidade do Ministério Público. Alguns alegam que a função investigatória é exclusiva da Polícia Judiciária

Informações Variadas

(Polícia Civil no âmbito dos Estados e Polícia Federal no âmbito da União), conforme previsto no art. 144 da Constituição Federal de 1988. Sustentam, ainda, a inexistência de previsão legal, sendo, portanto, ilegítimo e inconstitucional o desempenho de tal atividade por membros do *Parquet*.

Em que pesem tais argumentos, é de ver-se que, atualmente, existe uma tendência cada vez maior de reconhecer o poder investigatório do Ministério Público, com o que concordo e passo a defender a seguir.

Previsão constitucional e legal acerca da possibilidade de o Ministério Público promover procedimento de caráter investigatório

A legitimidade do Ministério Público para apuração de infrações penais encontra-se prevista no art. 129, incisos VI, VII e VIII, da CF/88, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar nº 75/93, conforme disposto nos arts. 7º e 8º. Do mesmo modo, o art. 38 da mesma Lei Complementar nº 75/93 confere ao *Parquet* a atribuição para requisitar inquéritos e investigações. Na mesma linha e com as mesmas atribuições, a Lei nº 8.625/93, em seu art. 26, acomete tais poderes ao Ministério Público dos Estados.

O inciso VI do art. 129 da CF/88 preconiza que entre as funções institucionais do Ministério Público está a de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

Logo adiante, o inciso VII do mesmo artigo estabelece que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, que engloba, obviamente, a atividade de investigação. Isso porque, em sendo o Ministério Público destinatário final dos trabalhos policiais, nada mais coerente que outorgar-lhe o exercício do controle sobre o trabalho de investigação policial.

Por derradeiro, o inciso VIII do mesmo artigo preceitua que pode o MP “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Destarte, a possibilidade de o Ministério Público investigar em seara criminal encontra respaldo tanto em parâmetros constitucionais quanto legais.

Atos investigatórios do Ministério Público com base na teoria dos poderes implícitos

A teoria dos poderes implícitos, conforme anotou o Min. Celso de Mello, em interessante julgado, estabelece que “[...] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso De Mello, j. 23.05.2007, DJ 29.05.2007)”¹.

Na mesma linha, a Min. Ellen Gracie, relatora do *Habeas Corpus* nº 91.661/PE, ponderou que “[...] é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios”.

Destarte, cabendo ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, inciso I, CF/88) – atividade fim – é perfeitamente possível que o *Parquet* proceda à colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a autoria e materialidade de determinado delito – atividade meio – o que, em hipótese alguma, retira da polícia judiciária as atribuições que lhe foram constitucionalmente asseguradas, mas tão-somente harmoniza o disposto nos artigos 129 e 144 da CF/88, de modo a compatibilizá-los.

Bibliografia

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98-99.

LOPES JUNIOR, Aury Celso. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13.ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98-99.

4.4 ANÁLISE CRÍTICA

4.4.1 Toque de recolher

América Sueli Ferreira da Silva

*Oficiala do Ministério Público de Minas Gerais
Promotoria de Justiça da Infância
e Juventude de Uberlândia (MG)*

A mídia nacional divulgou que vários juízes das Varas da Infância e da Juventude de diferentes cidades estabeleceram, em portarias administrativas, que crianças e adolescentes não poderão permanecer nas ruas, avenidas, bares, boates, etc., desacompanhadas dos pais ou representantes legais durante o período noturno, normalmente após as 23h, em virtude da crescente criminalidade infanto-juvenil e da ocorrência de crimes praticados contra crianças e adolescentes.

Vitimizada pela crescente violência, a sociedade civil apóia as medidas administrativas dos juízes, as quais também ganharam espaço nos principais meios de comunicação, bem como contam com a aprovação de vários juristas de renome nacional e internacional.

Finalmente, os autores das medidas divulgaram também que, com a fixação das regras genéricas de natureza administrativa, diminuiu consideravelmente a criminalidade infanto-juvenil.

Entretanto, mesmo aplaudindo o louvável esforço dos juízes da infância e da juventude, os problemas relativos às crianças e aos adolescentes, principalmente pobres, exigem medidas diametralmente opostas, uma vez que a criminalidade, dentre outros fatores, decorre da omissão da família, da sociedade e do Estado, sobretudo pela falta de criação e implantação de políticas públicas hábeis e necessárias para reverter a dramaticidade da imensa população infanto-juvenil.

Utilizar uma portaria como fundamento para reverter a criminalidade, na verdade, desconsidera todas as pesquisas científicas que indicam a necessidade de ações conjugadas, de natureza preventiva e repressiva, capitaneadas pelos órgãos de segurança pública e pela rede municipal de proteção integral.

Além disso, o direito à liberdade das crianças e dos adolescentes somente pode ser cerceado nos casos comprovados de atos infracionais graves ou decorrentes de ordens judiciais proferidas nos respectivos procedimentos para apuração de atos infracionais em curso e/ou durante a execução das medidas em meio fechado (internação e semi-liberdade). A liberdade constitui direito fundamental de todo cidadão e que somente pode ser cerceada nas hipóteses rigorosamente definidas pela legislação penal, consoante artigo 282 do Código de Processo Penal e artigos 173 e 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Desde o final do século XIX, pela teoria da tripartição dos Poderes, o Judiciário somente pode atuar nos respectivos processos, sendo que medidas genéricas e vinculativas para a sociedade são funções tipicamente legislativas e não oferecem possibilidade de execução de medidas atípicas no plano judicial.

Aliás, a redação do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal é taxativa ao asseverar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O termo lei aqui deve ser entendido no sentido formal, ou seja, é aquela elaborada pelo poder competente e que obedeceu a todos os procedimentos legislativos próprios. Logo, a expedição de portaria genérica impeditiva do direito de ir e vir usurpa função legislativa típica.

De outro lado, a emissão de portaria judicial constituía prática comum na época do Código de Menores, sabidamente revogado pelo ECA, que, ao conceder direitos e deveres à população juvenil, impediu a aplicação da doutrina menorista, apesar das constantes tentativas de ressurgimento de medidas menoristas, cujo exemplo atual é o Toque de Recolher.

O ECA reconhece que crianças e adolescentes são pessoas em formação, cujos direitos não podem ser cerceados a pretexto de proteção preventiva. Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e obrigações, aos quais a legislação pátria também reserva um rito processual específico, a partir do art. 171 do diploma legal referido, denominado “Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente”, nos casos de cerceamento da liberdade.

Mesmo sem querer e imbuídos de boa intenção, as ações administrativas desencadeadas pelos respectivos juízes acabam retirando a força da responsabilidade dos pais pelo exercício pleno do poder familiar, uma vez que quem deveria ser cobrado pela presença de crianças e adolescentes nas ruas seriam naturalmente o(s) pai(s) e/ou proprietários de estabelecimentos comerciais que facilitam o acesso de bebidas alcoólicas à população juvenil.

Na verdade, a emissão de portarias genéricas constitui prática que viola o direito à liberdade, padece de vício de inconstitucionalidade e apenas perpetua práticas seculares que mais prejudicam do que ajudam crianças e adolescentes que necessitam de ações protetivas do Estado, da família e da sociedade, conforme explicado por Edson Seda na obra *O manual do prefeito estadista*.

4.5 TÉCNICA PROCESSUAL

4.5.1 Defensoria Pública – Indivisibilidade e Impessoalidade

Roberto Afílio Jávere

Procurador de Justiça aposentado
do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Na Comarca de Sarandi, Rio Grande do Sul, dois cidadãos foram condenados às penas individuais de dois anos de reclusão e dez dias-multa pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, incisos III e IV, do Código Penal, estabelecido o regime aberto para cumprimento da reprimenda carcerária, a qual resultou substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Recursos manejados pelas defesas dos acusados não mereceram provimento perante a egrégia Corte Revisora daquele Estado.

Em favor de um deles, todavia, foi impetrada ordem de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça almejando a decretação da nulidade dessa decisão, ao argumento de constrangimento ilegal por cerceamentos de defesa, considerando que, em face da colidência de interesses, haviam sido designados Defensores Públicos distintos para os trabalhos técnicos em prol de cada um dos acusados, mas que, em segundo grau de jurisdição, a despeito de mantida a dupla nomeação, somente um Defensor teria sido intimado, tanto da chegada do recurso, quanto do parecer da Procuradoria de Justiça e, bem assim, da data designada para o julgamento.

Contudo, também o *mandamus* deixou de lograr o êxito pretendido.

Através de diligência, constatou-se que os membros da Defensoria Pública tinham sido pessoalmente intimados do parecer ministerial e da inclusão do feito em pauta, nada obstante uma das assinaturas parecesse não ser do mesmo profissional que patrocinara o paciente desde o início da ação.

Assim alicerçada, a Quinta Turma do STJ, em voto condutor da Ministra Laurita Vaz, concluiu pela inexistência do alegado cerceamento de defesa, desde que se mostrava

[...] suficiente proceder à inequívoca ciência da instituição Defensoria Pública a respeito dos recursos, por intermédio de ofício ou mesmo de mandado, devidamente recebido, restando a ela o dever de organizar, com a

presteza e a precisão devidas, a atuação de seus membros. A ocorrência de eventuais substituições no patrocínio do réu não implica nulidade, incidindo sobre a espécie o princípio da indivisibilidade¹

A decisão acompanhou parecer do Ministério Público Federal, que entendeu ser correta a livre substituição de um representante da Defensoria Pública por outro, exatamente por caber aplicação do princípio da indivisibilidade.

O entendimento é pacífico em nossos Tribunais maiores.

Com efeito, não se apresenta razoável exigir em sede recursal que a intimação endereçada à defesa do réu seja efetivada na pessoa do mesmo Defensor Público oficiante na causa, sob pena de extrapolar os limites da burocracia e tornar até mesmo impossível o desenvolvimento processual e julgamento do mérito.

De sorte que a Lei Complementar nº 80/94, em seu artigo 44, se obriga a intimação pessoal do Defensor Público, inclusive com a contagem em dobro dos prazos respectivos, não impõe que esta ciência seja dada ao mesmo profissional que vinha atuando ou àquele que tenha apresentado o inconformismo. Aliás, dada à paridade das partes, tratamento idêntico é dispensado ao Ministério Público, na qualidade de representante do Estado acusador².

Destarte, em face do princípio da unidade e impessoalidade que norteia a Defensoria Pública, afigura-se suficiente a intimação do Órgão da instituição atuante em segundo grau de jurisdição, sendo plenamente dispensável a mesma cientificação ao Defensor que vinha servindo em primeira instância. Ou, em resumo, não se obriga ao Defensor Público que exerce as atividades em primeiro grau o acompanhamento de eventuais recursos de interesse do seu defendido, qualquer que seja o fundamento, hipótese que transfere a responsabilidade para o Órgão atuante em segunda instância.

Não destoando deste posicionamento, decidiu a Sexta Turma do STJ, em voto do Ministro Vicente Leal:

Aos representantes da Defensoria Pública aplica-se o princípio da indivisibilidade, o que autoriza os seus membros livremente substituir uns aos outros na atuação em determinado processo. Firmada a livre substituição de um representante da Defensoria Pública por outro, válido será o julgamento em que presente esteve um Defensor, ainda que diverso do signatário³.

É de se convir, por finalizar, que uma vez afastada a suposta nulidade por óbice ao legítimo direito de defesa, não poderia deveras alcançar sucesso o remédio constitucional intentado.

¹ HC nº 24.683-RS, publ. DJ 07/03/2005.

² Ministro Marco Aurélio, HC 75.527-MS, DJ 30/10/1998.

³ HC nº 10.926-RJ, DJ 03/04/2000.

4.6. DIREITO EM FOCO

4.6.1 Aviso prévio indenizado: regime tributário e o princípio da reserva legal

Dalmiro Camanducaia
Advogado e Professor

O mundo do Direito amanheceu em polvorosa. Empregadores e empregados vão desembolsar mais dinheiro para o financiamento da seguridade social, conforme noticiado.

No dia 12 de janeiro de 2009, a União fez publicar em seu órgão oficial o Decreto nº 6.727, cujo texto, no que nos interessa, assim está:

Art. 1º Ficam revogados a alínea 'f' do inciso V do § 9º do art. 214, o art. 291 e o inciso V do art. 292 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

Por sua vez, o texto revogado, também limitado ao que nos interessa, assim dispunha:

Art. 214 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

(...)

V - as importâncias recebidas a título de:

(...)

f) aviso prévio indenizado;

Diante do novo decreto, o valor recebido pelo empregado dispensado sem justa causa por conta de aviso prévio cujo cumprimento fora dispensado pelo empregador integraria a base de cálculo das contribuições devidas à União para seguridade social. Será? Vejamos.

Em termos históricos, as contribuições se apresentaram ora com natureza tributária, ora sem tal característica. Os respectivos períodos podem ser assim resumidos:

Período	Natureza
Até a EC 01/69	Não tributária
Entre a EC 01/69 e a EC 08/77	Tributária
Entre a EC 08/77 e a promulgação da CRFB/88	Não tributária
Após a CRFB/88	Tributária

Atualmente não mais se discute a natureza tributária das contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social.

Dizer que determinada obrigação ostenta natureza tributária implica reconhecer que seu regime jurídico é o regime tributário e daí serem aplicáveis as limitações constitucionais ao exercício da competência tributária e as normas gerais que regem o tema, quais sejam, as normas contidas no Código Tributário Nacional.

Isso posto, temos que o texto constitucional condiciona

a criação e cobrança de tributo à existência de lei, assim o entendimento do ato normativo primário decorrente de um processo legislativo previsto no texto constitucional. É o que temos no art. 150, I: o princípio da reserva legal, uma das limitações constitucionais ao poder de tributar a ser regulada através de lei complementar, por força do art. 146 da Constituição.



O **Código Tributário Nacional (CTN)**, nascido lei ordinária nº 5.172, de 25/10/1966, ganhou esse nome por força do Ato Complementar nº 36, de 13/03/1967. O Código dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, tendo sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988 com **status de lei complementar**.

O art. 97 do CTN regulamenta o princípio da reserva legal nos seguintes termos:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Leandro Paulsen entende que a lei tributária deverá trazer os elementos de modo a

[...] permitir ao contribuinte conhecer os efeitos tributários dos atos que praticar ou posições jurídicas que assumir[...] Importa que se tenha a possibilidade de determinar, com suporte na lei, quais as situações que implicam o surgimento da obrigação tributária, quando e em que momento tal se dá, quais os sujeitos da relação tributária e como calcular o montante devido, independentemente de complementação de cunho normativo por parte do Executivo[...]¹.

¹ (Paulsen, Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz

Informações Variadas

A lei deverá trazer²:

- Aspecto material: qual a situação geradora da obrigação tributária;
- Aspecto espacial: onde a ocorrência da situação é relevante;
- Aspecto temporal: quando se deve considerar ocorrida a situação geradora;
- Aspecto pessoal: quem está obrigado ao pagamento (sujeito passivo) e a favor de quem (sujeito ativo);
- Aspecto quantitativo: qual o montante devido.

Pelo visto até aqui, o decreto é absolutamente incapaz de definir o que integra ou não integra a base de cálculo de qualquer tributo, a menos que se limite a repetir a lei. Para verificar a ocorrência dessa hipótese, é necessário verificar o que diz a lei de regência:

A Lei nº 8.212/91, que criou contribuições destinadas à seguridade social nos termos da competência outorgada pela Constituição, assim fez para a contribuição devida pelo empregado (CF, 195, II):

Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu **salário-de-contribuição** mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, de acordo com a seguinte tabela:

(...)

Art. 28. Entende-se por **salário-de-contribuição**:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, **destinados a retribuir o trabalho**, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (grifo nosso).

Para a contribuição devida pelo empregador:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das **remunerações pagas**, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a **retribuir o**

trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (grifo nosso).

Da leitura da Lei nº 8.212/91, resta claro que o fato gerador da obrigação para o empregado é “receber retribuição pelo trabalho” e para o empregador “pagar ou creditar remunerações destinadas a retribuir o trabalho.”

Se houver qualquer dúvida sobre a determinação da base de cálculo, a discussão não pode passar da intenção do que venha a ser “retribuição pelo trabalho”. O decreto, qualquer que seja ele, não pode ir além da lei. Ainda que assim não fosse, ou seja, na hipótese de haver uma lei que definisse a interpretação do termo “retribuição pelo trabalho”, tratando-se de matéria tributária, a ela seria aplicável o disposto no art. 110 do CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Queremos com isso dizer que a definição do que venha a ser “remuneração pelo trabalho” é a definição dada pelo direito do trabalho e não poderia ser alterada pela lei tributária para fins de se modificar a definição da competência tributária. Se à lei tanto não é dado, menos ainda será ao decreto.

A verdade é que não é pelo fato de constar do Decreto nº 3.048/99 a disposição de que a verba relativa ao aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição que tal valor deixou de integrá-lo. Esse valor integrará a base de cálculo da contribuição se, nos termos da interpretação dada pelo direito próprio, tal valor for destinado à remuneração do trabalho.

Em que pese serem poucas as minhas luzes no direito do trabalho, entendo que o valor recebido a título de aviso prévio não cumprido por dispensa do empregador não pode ser destinado a remunerar o trabalho, mesmo porque, nesse período de aviso prévio, trabalho não houve.

Assim sendo, como não foi o Decreto nº 3.048/99 que fez com que essa verba não integrasse o salário de contribuição, o Decreto que o alterou (nº 6.727/2009), em termos tributários, será também de nenhum efeito. Vale dizer que tudo continua como dantes.

Na remota hipótese de assim não ser, o que somente se admite por dar asas à imaginação, ou seja,

da Doutrina e da Jurisprudência 2008).

² (Paulsen, Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência 2008).

se, por força desse Decreto nº 6.727/2009, o valor recebido a título de aviso prévio indenizado passasse a integrar a base de cálculo da contribuição, teríamos aqui, a teor do art. 97 do CTN, uma majoração tributária e, por força do disposto no § 6º do art. 195 da Constituição, sua eficácia estaria suspensa até que se completasse o prazo de 90 dias contados a partir de sua edição.

Sabendo que o tributo é cobrado mediante atividade

administrativa plenamente vinculada, é de todo esperado que as autoridades competentes venham a exigir as contribuições incidentes sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado. Aqueles que, por entenderem indevidos tais valores, desejarem deixar de recolhê-los só têm uma alternativa: o Judiciário. Boa sorte!!!

4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.7.1 O regime jurídico da Fisioterapia Aquática e o sistema musculoesquelético

Diva Braga

*Procuradora de Justiça de Minas Gerais
Especialista em Direito Civil e
Direito Processual Civil pelo UNESC
Bacharel em Direito pela UFMG*

Rafaela Paoliello Sossai e Lemos

*Fisioterapeuta da COOPFISIO-ES
Bacharel em Administração de Empresas com
ênfase em Análise de Sistemas pela FCHV
Especialista em Administração com ênfase em Marketing
Internacional pela FCMV / CONSULTIME
Bacharel em Fisioterapia pela EMESCAM
Pós-graduanda em Fisioterapia Músculoesquelética pela EMESCAM*

Luciano Braga Lemos

*Servidor do Poder Judiciário do ES
Professor de Direito da FINACe FABAVI
Bacharel em Direito pela UFES
Mestre em Direito, Justiça e Cidadania pela UGF*

Luciana Rambalducci Martins Simmer

*Bacharel em Administração de Empresas pela FAESA
Especialista em Auditoria do Serviço de Saúde pela faculdade UNICSUL*

Para abordarmos este tema, é necessário antes conhecermos um pouco do profissional envolvido na fisioterapia aquática. A fisioterapia foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 938/69, Lei nº 6.316/75, soluções do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO), Decreto nº 9.640/84, Lei nº 8.856/94 e Portarias do Ministério da Saúde. O Fisioterapeuta é o profissional de Saúde, com formação acadêmica superior, habilitado a construir o diagnóstico dos distúrbios cinéticos funcionais, a prescrever as condutas fisioterapêuticas, sua ordenação e indução no paciente, bem como acompanhar a evolução do quadro funcional e a sua alta do serviço. Os recursos mais conhecidos da Fisioterapia são: cinesioterapia, eletrotermofototerapia, mecanoterapia, recursos manipulativos, hidroterapia,

termoterapia, crioterapia e outros.

A utilização da água como meio de cura data de muitos séculos, embora o seu uso original não coincida exatamente com a presente percepção de sua aplicação para finalidades de reabilitação.

Através de toda a história, o nome empregado para denotar o conceito do uso da água para finalidades de cura e reabilitação mudou várias vezes. Alguns desses termos foram usados como sinônimos: hidroterapia, hidrologia, hidrática, hidroginástica, terapia pela água e exercício na água. Os termos mais comumente usados hoje são “reabilitação aquática” ou “fisioterapia aquática”. Fisioterapia aquática é atualmente o termo mais conhecido para designar exercícios terapêuticos realizados em piscina aquecida e coberta, com orientação do profissional de fisioterapia, em que, através do uso de inúmeras técnicas de reabilitação, como o Bad Ragaz, hidrocinesioterapia, Halliwick, dentre outros, associadas às propriedades físicas da água, principalmente a pressão hidrostática, flutuação, viscosidade e aos efeitos do calor, são proporcionados aos pacientes efeitos fisiológicos que surgem imediatamente após a imersão.

O início da hidroterapia como uma modalidade terapêutica é desconhecido, porém registros que datam de antes de 2400 a.C. indicam que a cultura proto-índia construía instalações higiênicas. Também fala-se que os povos egípcios e mulçumanos acreditavam nas propriedades curativas da água, os hindus a utilizavam no combate da febre e os orientais já praticavam prolongados banhos de imersão. Homero chega a mencionar o uso da água para tratar a fadiga, curar lesões e combater a melancolia.

Recentemente, alguns autores demonstram que a fisioterapia aquática é benéfica no tratamento de pacientes com fibromialgia, com artrite reumatóide, pacientes com espasticidade (geralmente relacionada à paralisia cerebral).

A fisioterapia aquática também proporciona benefícios psicológicos, como restituição da auto-estima e da sensação de independência, alívio das tensões, diminuição da ansiedade e aprendizado de novas habilidades.

Os efeitos da imersão no sistema muscular estão relacionados à força de compressão provocada pela pressão hidrostática da água e pela regulação do tônus

Informações Variadas

dos vasos sanguíneos. Com o aumento do débito cardíaco, a maior parte do fluxo sanguíneo destina-se à pele e aos músculos. Como consequência do fluxo sanguíneo elevado, há maior distribuição de oxigênio, maior eficiência na remoção de produtos tóxicos do metabolismo muscular e redução no espasmo muscular.

A fisioterapia aquática pode trazer muitos benefícios adicionais à terapia a longo e curto prazo através de exercício ativo regular e supervisionado. Ela combina os componentes e as vantagens de numerosas teorias de tratamento e técnicas de exercícios, proporcionando ao paciente alívio de dor e espasmos musculares, manutenção ou aumento da amplitude de movimento articular, fortalecimento muscular e treino de resistência, reeducação dos músculos paralisados, melhora na circulação e diminuição de edemas, manutenção e melhora do equilíbrio, propriocepção, coordenação e postura, além de haver um encorajamento das atividades da vida diária e uma sensação de bem-estar físico e psicológico.

A fisioterapia aquática é indicada no tratamento de pacientes das mais diversas patologias: traumatologia (problemas da coluna vertebral, fraturas, pré e pós-operatórios, inflamações, etc.), neurologia (AVC, pré e pós-operatório, atraso no desenvolvimento motor, paralisia cerebral, Síndrome de Down, etc.), reumatologia (artrites, fibromialgia, etc.), ginecologia (pré e pós-parto, etc.), respiratória (asma, DPOC, pré e pós-operatório de lobotomia, etc.), geriatria (patologias diversas decorrentes ou não do envelhecimento), síndromes dolorosas e síndromes raras.

Hidrocinesioterapia

O termo hidrocinesioterapia vem sendo utilizado por profissionais de fisioterapia para designar o uso do ambiente aquático e seus efeitos físicos, fisiológicos e cinesiológicos provenientes da imersão do corpo ou de parte dele em meio líquido, como um recurso terapêutico auxiliar.

Seus principais objetivos são aquisição, manutenção ou melhora da capacidade funcional neuromotora, musculoesquelética ou cardiorrespiratória, visando à cura, manutenção ou prevenção de uma alteração orgânica. É considerada a base para todos os métodos existentes dentro da fisioterapia aquática.

Na intervenção pela hidrocinesioterapia, além dos princípios físicos da água, é fundamental levar em consideração outros conceitos importantes na prática aquática: alavancas de movimento, apoios e estabilização do terapeuta, tipos de materiais utilizados (que potencializam o efeito o impulso e/

ou aumentam a resistência ao movimento), cadeias cinéticas abertas ou fechadas, nível de imersão, base de sustentação, formas e densidades corporais e transferência positiva de aprendizado do meio líquido para o terrestre.

O método Halliwick

O método Halliwick foi desenvolvido por James McMillan, em 1949, na *Halliwick School for Girls*, em Southgate, Londres.

O conceito Halliwick é uma estratégia de ensino que prioriza a prática de atividades aquáticas, a movimentação independente na água e a natação. Pode ser aplicado a qualquer indivíduo, principalmente àqueles que apresentam dificuldades físicas ou de aprendizado.

Baseia-se em quatro princípios de instrução: adaptação mental, restauração o equilíbrio, inibição e facilitação. Essas fases de aprendizado estão em uma ordem pela qual o córtex cerebral aprende todo o movimento físico e são dipostas em uma estrutura conhecida como o Programa de Dez Pontos. O conceito pode ser utilizado para adaptar, avaliar ou tratar o indivíduo na água, não sendo obrigatório seguir a sequência dos pontos. É importante ressaltar que no conceito não são usados flutuadores; porém, se a intenção for desestabilizar o paciente, eles poderão ser utilizados durante o tratamento.

Como objetivos deste método, podemos incluir: fortalecer e/ou melhorar grupos musculares fracos, aumentar amplitude de movimento, facilitar reações posturais e de equilíbrio, melhorar a condição física geral, melhorar a adaptabilidade mental e reduzir a dor e a espasticidade.

Por tudo isso, acredita-se firmemente que este método representa uma evolução considerável na instrução de natação e prática terapêutica.

O método dos Anéis de Bad Ragaz

Este método foi criado em 1967, por dois fisioterapeutas, Davis e Laggart, que modificaram e agruparam técnicas de duas metodologias já existentes: a facilitação neuromuscular proprioceptiva e os exercícios criados por Knupfer na Alemanha.

Bad Ragaz é uma cidade suíça construída em torno de um SPA de água morna natural. As fontes termais desse SPA alimentam três modernas piscinas cobertas. Os spas em Bad Ragaz começaram a ser usados para exercícios na década de 1930 em pacientes com paralisia e limitações articulares com a finalidade principal de promover a estabilização do tronco e das extremidades e trabalhar com exercícios resistidos.

Atualmente, o método de Bad Ragaz incorpora técnicas de movimentos com padrões em planos anatômicos e diagonais, com resistência e estabilização fornecidos pelo terapeuta.

A técnica de Bad Ragaz é uma situação de tratamento de um para um, que exige a presença do terapeuta na piscina com o paciente. É necessária uma área de piscina de no mínimo 2,1 x 2,4 metros e, para Davis, uma piscina não pode ser menor do que 15,3 metros quadrados; a profundidade da água deve ser de 0,90 a 1,20 m, com uma temperatura preferida da água entre 33,3°C e 36,6°C.

Esta metodologia apresenta aplicação ampla, sendo indicada para pacientes ortopédicos, reumatológicos e neurológicos, primeiramente buscando função corporal e atividade funcional. Também pode ser indicado para síndromes dolorosas de extremidades e tronco, distrofia simpática reflexa, pacientes que sofreram mastectomia ou cirurgias cardíacas e pacientes com sintomas de atraso no desenvolvimento.

Os objetivos de tratamento incluem – mas não são limitados a – relaxamento, fortalecimento, reeducação muscular, tração e alongamento da coluna vertebral, adequação do tônus, aumento da amplitude de movimento, melhora do alinhamento e da estabilidade do tronco, preparação de membros inferiores para suportar carga e melhora da resistência e da capacidade funcional o corpo em geral.

Deve ser feita uma triagem dos pacientes, na qual serão avaliadas contra-indicações médicas a atividades de reabilitação aquática. Além disso, devem ser tomadas precauções para evitar a fadiga excessiva dos pacientes e dada atenção especial àqueles com distúrbios vestibulares e com condições agudas de coluna e extremidades.

Em virtude da flexibilidade dos padrões e da adaptabilidade da técnica, uma variedade quase infinita de exercícios pode ser desenvolvida pelo fisioterapeuta para maximizar os resultados dos pacientes.

Embora seja evidente que a reabilitação aquática tenha realizado grandes avanços e progressos desde o começo do século XX, ainda há um grande espaço para maior aperfeiçoamento e intensificação dessa técnica fisioterapêutica.

Bibliografia

RUOTI, Richard G. et al, *Reabilitação aquática*, São Paulo: Manole, 2000.

SACCHELLI, Tatiana et al, *Fisioterapia aquática*, São Paulo: Manole, 2007.

CREFITO. *Fisioterapia*. Disponível em: <<http://www.crefito2.org.br/plenaria.html>>. Acesso em: 05 set. 2007.

DANELUZZI, Carla Cristina M. *Hidroterapia*. Disponível em: <<http://www.fisioterapiaaquatica.com.br/index.html>>. Acesso em: 28 fev. 2009.

FEDRICO, Simoni do Carmo, *Análise da atividade elétrica do músculo reto abdominal após tratamento com o método bad ragaz em pacientes com TCE*. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/tcc/2006/fisioterapia>>. Acesso em: 07 mar. 2009.

MORAES, Clarissa Niero, *Efeito do método dos anéis do bad ragaz na reabilitação de pacientes submetidos à artroplastia total de quadril*. Disponível em: <<http://www.fisio-tb.unicsul.br/tccs/ClarissaNiero/tcc.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2009.

4.7.2 Indicação de obra de outra área

4.7.2.1 HUGO, Victor. *Os trabalhadores do mar*. Tradução de Machado de Assis. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

A obra indicada é uma das mais preciosas jóias da literatura universal, de leitura não muito fácil, porém, bastante prazerosa para os apreciadores da boa escrita. Livro para quem busca relaxar, desligar-se, mesmo que momentaneamente, das agruras e correrias do cotidiano.

Os Trabalhadores do Mar, de Victor Hugo, leva o leitor a “viajar” e vivenciar os encantos das ilhas da Normandia sem sair da poltrona. O poder de descrição, aliado à sensibilidade e à genialidade do autor faz da epopéia de Gilliat uma das aventuras mais espetaculares já retratadas e do protagonista, um dos personagens mais marcantes da literatura mundial. É como se estivéssemos assistindo a um filme enquanto nos deliciamos com as trezentas e poucas páginas do livro.

A tradução de Machado de Assis é irreparável e torna ainda mais interessante a leitura.¹

¹ Obra indicada pelo leitor Edgar Bandeira Mourão.

Ilustríssimo Sr(a).

Com o intuito de aprimorar a qualidade técnica e a padronização das publicações produzidas pelo Centro de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais (CEAF), solicitamos que as fotografias pessoais enviadas para publicação sigam as especificações técnicas abaixo descritas:

Fotografias de pessoas:

- O fundo deve ser homogêneo, com apenas uma cor (por exemplo: uma parede branca). Evite fotos com plantas ao fundo ou outros objetos;
- O fundo não deve apresentar cores escuras;
- No caso de utilização de câmera digital, a configuração deve ser de 5 *megapixels* ou mais;
- No caso de fotografia escaneada, a configuração do *scanner* deve ser de 450 DPI;
- Evite fotos de perfil. A angulação do rosto é aceitável, desde que discreta;
- A foto deve ser da linha da cintura para cima (meio corpo). Evite fotos no estilo 3x4 em que aparece apenas o rosto;
- Utilize um ambiente iluminado e fotografe a favor da luz.



CERTO



ERRADO

Fotografias ilustrativas ou ilustrações:

- No caso de utilização de câmera digital, a configuração deve ser de 5 *megapixels* ou mais;
- No caso de fotografia ou ilustração escaneada, a configuração do scanner deve ser de 450 DPI;
- Evite altas taxas de compactação JPG;
- No caso de ilustrações, se possível, envie o arquivo original de ilustração e informe a versão do software (Illustrator, Corel Draw, etc);
- Não recorte ou corte a foto;
- Evite fotos com uso de *flash*, salvo em caso estritamente necessário.

Informações gerais:

- As imagens seguindo esses padrões podem ser grandes para o envio por *e-mail*, caso a velocidade de internet não seja compatível. Nesse caso deve-se considerar o envio por CD;
- A não adoção desses padrões implica a possibilidade de que determinadas fotos sejam consideradas inadequadas para impressão.

