



REVISTA

MP **MG**
JURÍDICO

**Mala Direta
Postal**

9812234147/2009 - DR/MG
PGJ

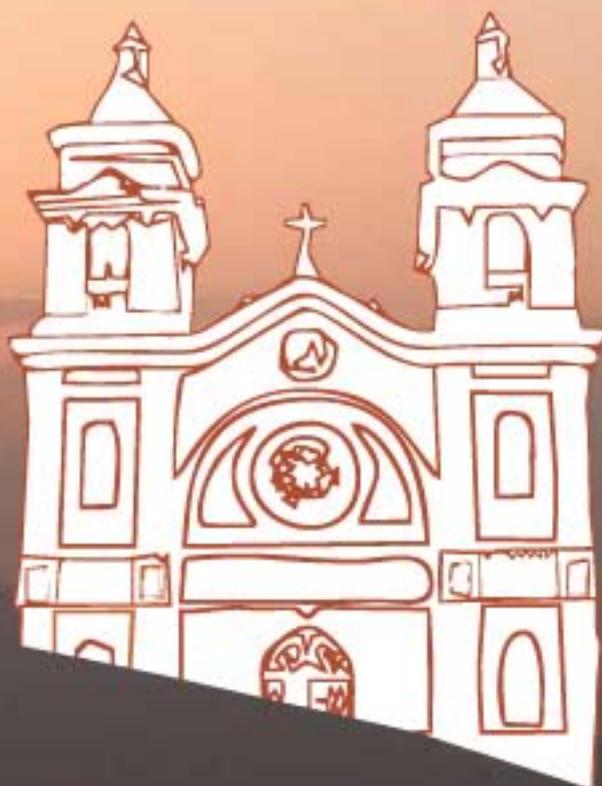
...CORREIOS...

Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Ano V - N.º 20

ISSN 1809-8673

2010
abril, maio e junho



Matéria Especial
Caráter Nacional do MP
Eduardo Cambi

Entrevista
Francisco Cembranelli

Conteúdo:

Público
Coletivo
Civil
Penal
Informações Variadas

Edição Número

20

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

Assessor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira

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 Evandro Manoel Senra Delgado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Procurador de Justiça Waldemar Antônio de Arimatéia

Secretário-Geral

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado

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

Hugo de Moura

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

Redação

Samuel Alvarenga Gonçalves

Projeto Gráfico

Marcia Odete Corrêa da Silva

Isabel Gontijo Hamdan (estágio supervisionado)

Diagramação

João Paulo de Carvalho Gavidia

Rafael de Almeida Borges

Isabel Gontijo Hamdan (estágio supervisionado)



Editado pela Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Av. Álvares Cabral, 1740, 1º andar, Santo Agostinho, Belo Horizonte – MG, CEP: 30170-916
Fones: (31) 3330-8299 e (31) 3330-8182
E-mail: mpmgjuridico@mp.mg.gov.br / dipe@mp.mg.gov.br

MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	6
APRESENTAÇÃO	7
CONVITE DA COORDENAÇÃO EDITORIAL	7
NORMAS DE PUBLICAÇÃO	7
PADRONIZAÇÃO DE FOTOS PARA PUBLICAÇÃO	8

MATÉRIA ESPECIAL 10

Artigo

- ✍ Caráter Nacional do Ministério Público 10
Eduardo Cambi

ENTREVISTA 14

Conversa franca

- 🎙 Francisco Cembranelli 14

PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL 16

Artigos

- ✍ Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem 16
Isaac Sabbá Guimarães
- ✍ Possibilidade de licitação para serviços advocatícios 18
Carlos Henrique Bicalho

Sugestões de leitura

📖 Obras Doutrinárias 19

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional 19

📖 Artigos 20

- PAGANELLA, Marco Aurélio. O esporte como direito fundamental e como instrumento de políticas públicas, sociais, educacionais e de promoção de saúde, à luz do direito 20

Jurisprudência

- ⚖ TJMG, 1ª Câmara Cível. *Ajuizamento de ação civil pública para suspender o recebimento de 13º salário por vereadores* 20
- ⚖ STF, Pleno. *Cabimento de controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais* 20

STJ, 2ª Turma. <i>Edição ato legislativo inconstitucional que causa lesão ao Erário. Ato de improbidade administrativa</i>	21
TJMG, Corte Superior. <i>Lei sobre patrimônio público. Iniciativa legislativa (1) Legal</i>	21
TJMG, 7ª Câmara Cível. <i>Lei sobre patrimônio público. Iniciativa legislativa (2)</i>	21

COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL 22

Artigos

✍ O Tratamento jurídico-constitucional dos biomas no Brasil <i>Luciano José Alvarenga</i>	22
✍ A hora de repensar o ECA <i>Reis Friede</i>	24
✍ Cobrança de serviços no âmbito do SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE -SUS <i>Rafael Medina Machado</i>	25

Sugestões de Leitura 29

Obras Doutrinárias 29

- MARTINS JUNIOR, Paulo Pereira; CARNEIRO, João Álvaro; ALVARENGA, Luciano José; PINHEIRO, Zilmar Celestino; MATOSINHOS, Cristiano Christóforo; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Guia prático de requisição de perícias ambientais 29

Artigos 30

- MOURA, Walter José Faiad de; FERREIRA, Bruna Cavalcanti Lamounier. A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos 30

Jurisprudência

TRF4, 3ª Turma. <i>Ministério Público. Defesa dos direitos dos usuários de estrada. Colocação de dispositivos de controle eletrônico de tráfego ("pardais"). Nulidade das autuações que desrespeitaram normas federais</i>	30
TJMG, 6ª Câmara Cível. <i>Ação coletiva de consumo. Publicação obrigatória de editais para a convocação de eventuais interessados</i>	30
STJ, 1ª Seção. <i>Aplicação de multa administrativa por infração à legislação ambiental. Prescrição. Termo inicial</i>	31
STJ, 2ª Turma. <i>Ato de improbidade administrativa. Absolvição perante a Justiça eleitoral. Irrelevância</i>	31

CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL 32

Artigos

✍ A questão do dano moral por abandono afetivo dos pais perante os filhos <i>Evelin Matos Goulart</i>	32
✍ O princípio da afetividade nas relações familiares <i>Vanessa do Carmo Diniz</i>	33

✍	A teoria do adimplemento substancial e a prisão civil do devedor de alimentos <i>Andeirson da Matta Barbosa</i>	35
S	Sugestões de leitura	37
📖	Obras Doutrinárias	37
•	ARMELIN, Donald. Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva	37
📖	Artigos	37
•	SOUZA, Artur César de. Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz” .	37
J	Jurisprudência	38
🏛	STJ, 2ª Turma. <i>Diferenças pontuais entre desistência da ação, desistência de recurso e renúncia</i>	38
🏛	STJ, 6ª Turma. <i>Conflito entre duas coisas julgadas. Prevalência daquela que se formou por último</i>	38
🏛	TRF2, 6ª Turma Especializada. <i>Contempt of court</i>	38
🏛	TJMG, 11ª Câmara Cível. <i>Responsabilidade civil de empresa prestadora de serviço de TV por assinatura. Instalação indevida efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos</i>	39

PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL 40

A	Artigos	
✍	O Tribunal do Júri no projeto do Novo Código de Processo Penal: tempos difíceis <i>Rodrigo Iennaco de Moraes</i>	40
✍	Incidência da prescrição da pretensão socioeducativa in abstracto nos atos infracionais e a natural desconsideração do preceito secundário do tipo penal paradigma <i>Juliano Silva do Lago</i>	41
✍	O Ministério Público tem direito ao contraditório em Habeas Corpus <i>Eduardo Sens dos Santos</i>	43
S	Sugestões de leitura	48
📖	Obras Doutrinárias	48
•	CONSTANTINO, Carlos Ernani. Delitos Ecológicos – A lei ambiental comentada artigo por artigo: aspectos penas e processuais penais	48
📖	Artigos	48
•	BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade da nova tipificação de “sequestro relâmpago”	48
J	Jurisprudência	48
🏛	TJMG, 3ª Câmara Criminal. <i>Anotações sobre atos infracionais pretéritos. Caracterização de maus antecedentes. Impossibilidade</i>	48

⚖️ TJMG, 1ª Câmara Criminal. <i>Anotações sobre atos infracionais pretéritos. Caracterização de maus antecedentes. Possibilidade</i>	48
⚖️ TJMG, 1ª Câmara Criminal. <i>Adulteração de placas de veículos com uso de fita isolante. Meio precário. Atipicidade da conduta</i>	49
⚖️ STJ, 5ª Turma. <i>Adulteração de placas de veículos com uso de fita isolante. Tipicidade da conduta</i>	49

INFORMAÇÕES VARIADAS

50

C om a palavra o Universitário	50
✍️ O devido processo legal: uma abordagem à luz do Estado Democrático de Direito <i>Guilherme César Pinheiro</i>	50
D ireito e Efetividade	54
J udiciário em Destaque:	54
✍️ Do instituto da “repercussão geral” nos Recursos Extraordinário e Especial: breves considerações <i>Adriano Magno de Marçall e Silva</i>	54
C omentários à Legislação:	54
✍️ Direito de superfície – breve comparativo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade <i>Rodrigo Mazzei</i>	54
S ociedade em Debate	61
✍️ Processos de Referenciação em pareceres do MPMG <i>Ivone Ribeiro Silva</i>	61
I ndicação de obra Jurídica:	64
📖 ASSAGRA, Gregório; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. <i>Novo Código de Processo Civil para o Brasil - A análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal</i>	64
I ndicação de obra de outra Área:	65
📖 ZORZI, Jaime. <i>Guia prático para ajudar crianças com dificuldades de aprendizagem: dislexia e outros distúrbios</i>	65

Mensagem do Procurador-Geral de Justiça

Alceu José Torres Marques

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

Caros leitores,

É com elevada honra que venho apresentar o fascículo nº 20 da Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Essa revista é, antes de tudo, da sociedade mineira e se apresenta como contribuição da PGJMG para o aprimoramento do debate público sobre as questões jurídicas que, de modo direto ou indireto, permeiam a condução da Justiça em nosso país.

Na luta pela progressiva efetivação do Direito é indispensável, ou mesmo inevitável, o diálogo entre teoria e prática – aqui apresentadas – no âmbito de uma relação dialética cujas tensões possam gerar o desenvolvimento do Direito objetivo e sua progressiva concretização.

Como sempre fizemos questão de destacar, a MPMG Jurídico é uma revista pluralista e democrática, da qual todos os interessados podem participar enviando as suas colaborações para o engrandecimento da cultura jurídica do país. Assim, ela se coloca como instrumento que sempre estará a serviço daqueles que desejem divulgar suas ideias, experiências, concepções e a serviço do cidadão que busca, cada dia mais, atualizar-se, sempre tendo em vista a construção de uma pátria efetivamente soberana e fraterna. A revista representa, ainda, um valioso canal de debates e instrumento irradiador de reflexões, especialmente as voltadas para a atuação funcional dos membros da Instituição.

O trabalho apresentado aqui é resultado de esforços em prol do prestígio de nosso amado Ministério Público e representa a vitória da perseverança. Fica a sincera esperança de que a presente obra sirva como mais um instrumento, ainda que singelo, a coadjuvar a percepção da cidadania plena e a realização de uma sociedade mais justa e venturosa.

Até a Próxima Edição.

Um grande abraço.

Apresentação

Aristóteles afirmara certa vez que “a mudança em todas as coisas é desejável”. A mudança representa progresso e na edição do MPMG Jurídico 20, ela fica expressa no novo modelo de seu *layout*. Este foi elaborado de forma que causasse maior conforto a seus leitores, utilizando métodos práticos e fornecendo um ar mais despojado à revista, além de manter o teor educativo.

A partir deste número, todas as edições da revista terão em seu *layout*, principalmente na capa, imagens, montagens e signos visuais que retratam composições as quais ressaltam a imagem do estado de Minas Gerais.

Convite da 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.

Normas de Publicação

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 mpmgjuridico@mp.mg.gov.br (com cópia para dipe@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 30170-916, Belo Horizonte (MG).

Envio de artigos e outras informações:

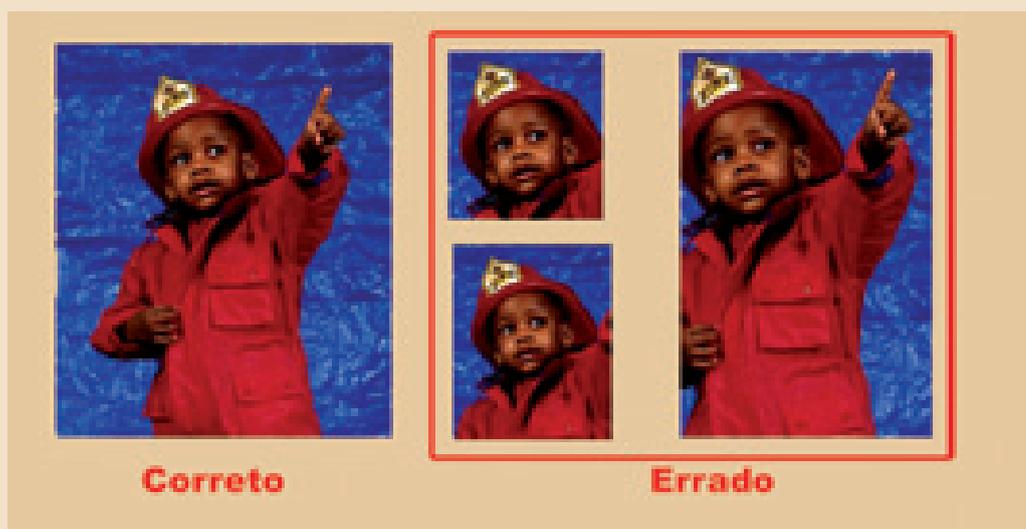
mpmgjuridico@mp.mg.gov.br (com cópia para dipe@mp.mg.gov.br)

Padronização de Fotos para Publicação

Com o intuito de aprimorar a qualidade técnica e a padronização das publicações produzidas pelo CEAF – Centro de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais, 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, objetos)
- O fundo não deve apresentar cores escuras;
- No caso da utilização de câmera digital, a configuração da câmera deve estar em 5 mega pixels ou acima;
- No caso de fotografia scaneada, 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, metade do corpo. Evite fotos no estilo 3x4 fotografando apenas o rosto.
- Utilize um ambiente iluminado e fotografe a favor da luz.
- Mandar a foto separadamente do arquivo de texto, ou seja, não colocá-la dentro do arquivo de texto (.doc).



Fotografias ilustrativas ou ilustrações:

- No caso da utilização de câmera digital, a configuração da câmera deve estar em 5 mega pixels ou acima;
- No caso de fotografia ou ilustração scaneada, 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 destes padrões implica na possibilidade de que determinadas fotos sejam consideradas inadequadas para impressão.

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.

Errata: Na edição número 19 da MPMG Jurídico não foram colocados os créditos na fotografia da página 8; os créditos são do Alex Lanza.

CARÁTER NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Eduardo Cambi

*Promotor de Justiça do Estado do Paraná
Mestre e Doutor em Direito pela Universidade
Federal do Paraná
Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia
Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná
e da Universidade Paranaense*



FOTO: ALEX LANZA

A consolidação do Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, exige constante e permanente aperfeiçoamento da teoria do Direito Constitucional.

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis fez com que o Ministério Público se tornasse uma das instituições mais importantes do país. Pouco mais de duas décadas depois da promulgação da Constituição Federal, são sensíveis os avanços jurídicos e sociais obtidos por intermédio do Ministério Público.

Contudo, a concessão e a efetivação de direitos fundamentais não são espontâneas, não decorrem da ordem natural das coisas. Trata-se de uma história de lutas e embates contra os detentores do poder. A alteração do *status quo*, para que os fundamentos éticos e sociais contidos na Constituição sejam concretizados, requer o fortalecimento do Ministério Público, como instituição nacional.

O combate às constantes ameaças de desestruturação do Ministério Público, vindas dos setores políticos mais arcaicos - comprometidos com a dilapidação do patrimônio público e a negação dos compromissos éticos e sociais - depende da defesa ferrenha dos princípios, garantias e prerrogativas institucionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministério Público, para proceder à defesa dos interesses sociais, precisa de autonomia política e funcional. Tal independência é pressuposto objetivo da atuação segura dos membros do Ministério Público quanto à exigência das promessas constitucionais ainda não cumpridas.

Esse fortalecimento institucional passa pela *redefinição* dos princípios da unidade e da indivisibilidade previstos no art. 127, § 1º, da Constituição Federal.

O Ministério Público, no Brasil, está sujeito aos mesmos princípios, garantias e prerrogativas previstas na Constituição. É uma instituição única, embora subdividida entre o Ministério Público da União (composto pelo Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios) e dos Estados.

Não há hierarquia entre os ramos do Ministério Público. O que difere a atuação de cada um deles é, tão-somente, a abrangência constitucional de atribuições. A definição da atuação do Ministério Público brasileiro segue, basicamente, as regras de fixação da competência jurisdicional.

Como todo membro do Poder Judiciário possui jurisdição, independentemente da comarca, seção judiciária ou tribunal em que atue, porquanto o que difere é apenas a competência, o Ministério Público, sob o aspecto funcional, é único, desempenhando as mesmas funções institucionais (art. 127, *caput*, da CF). O que diferencia os membros do Ministério Público é, repita-se, apenas o rol das atribuições (competências), não as funções. Aliás, o exercício dessas funções, desde que exista pertinência de atribuições, pode ser desempenhado perante qualquer órgão do Poder Judiciário. Tanto é assim que o artigo 5º, § 5º, da Lei 7.347/85 admite, expressamente, o litisconsórcio *facultativo* entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, na defesa dos interesses e dos direitos coletivos *lato sensu*.

O artigo 93, inc. V, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, abre o debate sobre o caráter nacional da magistratura. Ao prever a *estrutura judiciária nacional*, para fins de fixação dos subsídios dos membros

do Poder Judiciário, suscita diversos argumentos favoráveis ao fortalecimento da independência política, da homogeneidade salarial e da necessária isonomia entre os membros da magistratura federal e estadual.

O Supremo Tribunal Federal (na Ação Ordinária nº 584-1/PE, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27.06.03) afirmou que a nova redação do art. 93, inc. V, da CF, ao deixar de fazer alusão à “carreira”, substituindo-a por “categorias de estrutura judiciária nacional”, vinculou, para efeitos remuneratórios, toda a magistratura nacional, independentemente do nível organizacional, se federal ou estadual. O intuito da Constituição é favorecer, pela homogeneidade salarial, a independência do Poder Judiciário e o seu caráter nacional, sem desprezar a autonomia estadual e o princípio federativo.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) - na ADI-MC nº 3854/DF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.06.07 - reforçou esse entendimento. Considerou inconstitucionais os artigos 2º da Resolução 13/2006 e 1º, parágrafo único, da Resolução n. 14/2006, editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, que estabeleciam tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura federal e estadual. Entendeu que a distinção era arbitrária, por ofender o caráter nacional do Poder Judiciário e o princípio constitucional da isonomia. O Min. Cezar Peluso afirmou que:

a promoção discriminatória de um grupo dentro da mesma classe funcional inculca e difunde a falsa idéia de uma superioridade de méritos dos magistrados federais, uma meritocracia artificiosa, porque, a despeito das altas qualificações dos membros da categoria, a conjectura não condiz com a homogeneidade teórica da instituição judiciária, nem encontra suporte na realidade. Ademais, essa idéia, por mais falsa que seja, desestimula vocações, avilta e deprime profissionais experimentados e encanecidos na arte de julgar, degrada e desprestigia a velha magistratura estadual, a que, por todos os títulos de seus afazeres seculares, o ordenamento jurídico comete o mais largo espectro de gravíssimas competências jurisdicionais, exercidas, não raro com inexcusável sacrifício e abnegação pessoal, por multiplicidade incomparável de órgãos dispostos e enraizados até nos mais longínquos e, às vezes, quase inacessíveis recantos do território brasileiro. E, mais do que os reflexos públicos de tão deprimidora idéia, a discriminação induz situações irreduzíveis a critérios de justiça funcional ou, quando menos, extravagantes, como a de servidores federais subalternos que podem perceber remuneração superior à de desembargadores dos tribunais de justiça, cujo presidente, é, na ordem constitucional, substituto e sucessor eventual do governador do Estado.

Sustentando a ausência de fator de discriminação legítimo entre as atividades desempenhadas pela magistratura federal e estadual, já que a função jurisdicional rigorosamente desenvolvida por qualquer

um dos magistrados é a mesma, a Associação dos Magistrados Brasileiros vem ingressando com diversas ações diretas de inconstitucionalidade, para fazer prevalecer a *estrutura judiciária nacional*. Na ADI 4199-1, afirma a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar nº 355, de 22 de janeiro de 2006, do Estado do Espírito Santo. Tal disposição prevê que os “Juizes de Direito perceberão seus subsídios mensais na forma de escalonamento definido na Lei Complementar n. 234, de 18.4.2002 – Código de Organização Judiciária do Estado do Espírito Santo”. Por sua vez, esse Código, no artigo 125, § 1º, determina que os Juizes de Direito perceberão seus estípedios, na proporção de 5% (cinco por cento) a menos para cada entrância, tomando-se como base o estípedio do Desembargador; de forma gradual e sucessiva. Ainda, o artigo 3º desse Código determina que as comarcas devem ser classificadas em 04 (quatro) entrâncias. Assim, a considerar a diferença de 5% para cada entrância, um Desembargador percebe 90,25% dos subsídios de Ministro do Supremo Tribunal



FOTO: ALEX LANZA

Federal; um Juiz de 4ª Entrância, 95% do que recebe um Desembargador, um Juiz de Direito de 3ª Entrância, 95% do que um Juiz de 4ª Entrância; um Juiz de Direito de 2ª Entrância, 95% do que um Juiz de 3ª Entrância e, por fim, um Juiz de Direito de 1ª Entrância e um Substituto, 95% do que percebe um Juiz de 2ª Entrância.

O escalonamento, previsto no artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar nº 355, de 22 de janeiro de 2006, do Estado do Espírito Santo, conforme argumenta a Associação dos Magistrados Brasileiros, viola o art. 93, inc. V, da Constituição Federal. Afinal, a estrutura judiciária nacional possui apenas três categorias (Juiz Substituto, Juiz de Direito e Desembargador). Logo, a estrutura judiciária estadual capixaba, que possui cinco categorias (Juiz de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Entrâncias e Desembargador, bem como equipara o Juiz Substituto ao de 1ª Entrância), contraria a estrutura judiciária nacional presente no ar. 93, inc. V, da CF. Isso porque não permite a homogeneidade salarial, na medida em que supera a diferença máxima de 10% entre as categorias da estrutura judiciária nacional, resultando na violação do princípio da isonomia entre as magistraturas estadual e federal. Portanto, advoga que as entrâncias estaduais não podem ser consideradas

Matéria Especial

categorias da estrutura judiciária nacional, sob pena de infringir o art. 93, inc. V, da Constituição Federal. O critério de entrâncias pode ser estabelecido pelos Estados-Membros, em razão do princípio federativo e da autonomia dos estados. No entanto, não pode ter efeitos no escalonamento de subsídios, servindo apenas como critério de subdivisão política, econômica e jurisdicional das comarcas, com reflexo na promoção dentro da carreira.

O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido no âmbito do Ministério Público. Os membros do Ministério Público estão sujeitos ao teto constitucional, por força dos arts. 128, § 5º, inc. I, “c”; 37, incs. X e XI e 39, § 4ª da Constituição Federal. O Procurador Geral da República, ao representar todo o **Ministério Público brasileiro** (aliás, não fosse assim, o artigo 46 da Lei Complementar n. 75/93, falaria apenas no Ministério Público da União), junto ao Supremo Tribunal Federal, percebe os mesmos subsídios dos Ministros do STF. O Procurador-Geral da República exerce a chefia do Ministério Público Federal, mas também agrega a função de representação nacional do Ministério Público. Tanto é que somente ele é quem tem legitimidade para proceder ao controle abstrato de constitucionalidade de leis federais e *estaduais* junto ao Supremo Tribunal Federal, bem como pode representar para a intervenção federal, nos *Estados* e no Distrito Federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais previstos no art. 34, inc. VII, da Constituição Federal. É por representar toda a instituição que o artigo 130-A, inc. I, da Constituição Federal lhe determina a função de presidir o Conselho Nacional do Ministério Público. Logo, assim como o Judiciário deve ter como teto os subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal, tem o Ministério Público, de caráter nacional, de se pautar na remuneração do Procurador Geral da República. Afinal, é ele quem representa todo o Ministério Público, junto a mais alta Corte do país, sendo o membro permanente da instituição e essencial à função jurisdicional no Excelso Pretório. Os membros do Ministério Público integram um mesmo órgão e estão sujeitos a direção única do Procurador-Geral da República, que representa a instituição no Supremo Tribunal Federal e preside o Conselho Nacional do Ministério Público. Isto não viola o princípio federativo e a autonomia dos estados. Cada Estado-Membro possui o seu Ministério Público, unidade distinta do Ministério Público da União, e está sob a chefia do respectivo Procurador Geral de Justiça.

Contudo, tal como o caráter nacional da Magistratura, não pode haver discriminação legítima entre os membros do Ministério Público da União e dos Estados. As funções a serem desempenhadas pelo Ministério Público, conforme determina o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, são as mesmas para todos os ramos da instituição, diferindo apenas quanto às atribuições. As garantias e as prerrogativas constitucionais também são idênticas. Fere o princípio constitucional da isonomia e estrutura nacional do Ministério Público a percepção de subsídios

absolutamente discrepantes entre os membros do Ministério Público. Não há igualdade jurídica quando se trata desigualmente os iguais sem que exista um fator de discriminação legítimo.

O princípio da simetria, aliado aos da razoabilidade e proporcionalidade, recomenda que os mesmos parâmetros constitucionais, presentes no art. 93, inc. V, da Constituição Federal, sejam aplicados ao Ministério Público, conforme determina o art. 129, § 4º, acrescido da Emenda Constitucional nº 45/2004. Afinal, a homogeneidade salarial, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, entre a magistratura federal e estadual, está calcada na *estrutura judiciária nacional*. Ora, a mesma estrutura nacional está presente no Ministério Público, já que o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal afirma que são princípios institucionais a unidade e a indivisibilidade. A *ratio essendi* da regra constitucional do artigo 93, inc. V, da CF pode ser extraída da exegese do art. 127, § 1º, da CF. Mas também os mesmos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Associação Brasileira dos Magistrados aplicam-se ao Ministério Público. Isonomia entre as funções, autonomia política, pela homogeneidade salarial, e atuação objetiva na realização da Justiça são temas correlatos à Magistratura Estadual e ao Ministério Público dos Estados.

O Conselho Nacional do Ministério Público também tem ressaltado o sentido nacional da instituição. No Pedido de Providências nº 899/2009-15, considerou-se legítima a percepção de diferenças remuneratórias decorrentes do novo cálculo da parcela autônoma de equivalência (PAE). Tratava-se de analisar a correção da decisão do Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro que determinou o pagamento da PAE, nos anos compreendidos entre 1994 e 1997. O benefício tinha como fundamento a decisão monocrática do Min. Nelson Jobim, na Ação Originária nº 630/DF, ajuizada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, na qual se habilitou, como assistente, a Associação dos Magistrados Brasileiros. Essa decisão foi seguida pelo Conselho da Justiça Federal, no Processo n. 2006.160031, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no Processo Administrativo n. 3579/2008. Tal direito também se estendeu ao Ministério Público da União, pelo Conselho Superior do Ministério Público da União, e à magistratura do Estado de Minas Gerais, pelo Conselho Nacional da Magistratura (Processo de Controle Administrativo n. 442). O CNMP considerou a legalidade do pagamento, tendo o Conselheiro Cláudio Barros Silva asseverado que “[...] não há dúvidas de que o Ministério Público, como o Poder Judiciário, tem caráter unitário e nacional.”, para concluir:

Reconhecendo o caráter nacional do Ministério Público, inscrito no texto da Constituição Federal pelo princípio da unidade, e entendendo-se que o pedido da Associação dos Juizes Federais – AJUFE, circundado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, beneficiou, também, a

magistratura dos Estados, por força do caráter nacional da magistratura, é reconhecido, também, em favor do Ministério Público o seu caráter unitário e nacional e, conseqüentemente, estender-se o benefício concedido pelo Ministério Público da União a todos os membros do Ministério Público dos Estados [...].

Com efeito, o caráter nacional do Ministério Público tem-se mostrado um importante argumento de consolidação institucional. Independência política e funcional somente se consegue com autonomia financeira. A unidade do Ministério Público passa pela isonomia entre o Ministério Público da União e dos Estados. É pelo reconhecimento da existência das mesmas funções, garantias e prerrogativas constitucionais que é possível debelar as assimetrias institucionais. A homogeneidade de subsídios, alicerçada em uma estrutura nacional do Ministério Público, é uma forma de promover a igualdade jurídica e a melhor atuação do Ministério Público nos Estados.

No entanto, o caráter nacional do Ministério Público não se resume ao aspecto salarial nem se reduz a uma reivindicação meramente corporativista.

O discurso da unidade do Ministério Público evita que a instituição fique sujeita ao arbítrio de políticos contrários à atuação independente e *pró-ativa* do Ministério Público, na tutela dos direitos fundamentais e na implementação das políticas públicas. O fortalecimento do Ministério Público, de um modo geral, e dos Estados, de maneira especial, é essencial na promoção da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Valorizar quaisquer dos membros do Ministério Público é assegurar o cumprimento da Constituição, garantindo a eficiência do Estado e a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

ENTREVISTA ESPECIAL COM
O PROMOTOR DE JUSTIÇA
FRANCISCO CEMBRANELLI



FOTO: ALEX LANZA

MPMG Jurídico: Doutor Francisco Cembranelli, inicialmente, gostaríamos de agradecer imensamente a sua participação nessa entrevista especial à nossa revista e dizer que para nós é motivo de grande honra poder compartilhar com os nossos leitores a sua experiência e atuação profissional. Para começar, conte-nos um pouco sobre o seu ingresso na carreira do Ministério Público paulista, como foram os anos de preparação durante a sua vida acadêmica e como se deu a sua vocação ao Direito.

Francisco Cembranelli: Bem, eu é que agradeço a oportunidade de poder falar um pouco de minha trajetória profissional, ainda mais se isso incentivar alguns a seguirem carreira no Tribunal do Júri. Sou filho de Promotor e desde que meu pai passou a integrar o MP, na metade dos anos 60, fui aos poucos sendo apresentado à instituição. Com o passar do tempo, depois de muito ter ouvido falar de promotores, juízes e advogados, quando já residia em SP, considerei a possibilidade de fazer a mesma carreira do meu pai e decidi prestar vestibular para Direito. Durante a faculdade, tive dúvidas e quase desisti. Pensei em prestar novo vestibular para o curso de Oceanografia (tudo a ver, não?). Resolvi continuar e, já com o curso de Di-

reito concluído e com o incentivo empolgado da família, consegui ingressar na instituição em outubro/1988.

MPMG Jurídico: Em suas passagens pelas comarcas do interior de São Paulo, quais as maiores dificuldades que o senhor observou em relação à atuação como Promotor de Justiça?

Francisco Cembranelli: Principalmente nas comarcas menores, a dificuldade é estar sozinho e com a grande responsabilidade de resolver questões importantes. No interior, fazemos o que se chama “clínica geral”, ou seja, lidamos com todo tipo de processo. É claro que as dificuldades são imensas e nem sempre temos tempo de consultar os mais experientes e nem sabemos tudo. Sofri um pouco no início, pois não havia estagiado no MP e em muitos casos só sabia a teoria, ou seja, não possuía prática alguma.

MPMG Jurídico: Paralelamente à carreira do Ministério Público, o senhor se dedicou a alguma atividade acadêmica?

Francisco Cembranelli: Atuei em muitas comarcas extremamente pesadas. Algumas eram cumulativas e tinha que fazer tudo, inclusive participar das longas sessões do júri. Nunca tive muito tempo para me dedicar a outra atividade, exatamente por sempre optar por uma área que exige muito fisicamente do promotor. Dar aulas depois de brigar tanto no plenário seria demais. Logo que me promovi para SP, em 1992, já assumi o cargo de titular em Vara do Júri, na qual estou até hoje. Além disso, não quero deixar meus filhos, muito pequenos, verem o pai apenas nos finais de semana.

MPMG Jurídico: Falando agora especificamente sobre o rito do Júri, após a última alteração na sua legislação de regência, qual a sua impressão, em termos pragmáticos, sobre a dinâmica e a efetividade que procuraram dar a esse procedimento?

Francisco Cembranelli: Considero que a reforma de 2008 trouxe alguns benefícios, como a concentração dos atos em uma única audiência (apesar de raramente acontecer na prática, isso ocasionou uma rapidez ao andamento processual), julgamentos à revelia, supressão do libelo, etc. Não gostei da diminuição do tempo na fala inicial, pois em processos grandes isso traz grandes problemas, até em razão de não mais existir a leitura de peças, faço restrições quanto ao quesito genérico, permi-

“ Considero que a reforma de 2008 trouxe alguns benefícios como a concentração dos atos em uma única audiência (...) Não gostei da diminuição do tempo na fala inicial, pois em processos grandes isso traz grandes problemas...”

tindo ao jurado fazer o que bem entender. Mas se for falar com sinceridade mesmo, diria que nada mudou muito quanto aos resultados. O júri continua acolhendo bem as propostas feitas pelo promotor, pelo menos nos julgamentos que atuou.

MPMG Jurídico: Recentemente, uma comissão de juristas elaborou, a pedido do Senado Federal, um anteprojeto de um novo Código de Processo Penal em substituição ao vigente *Codex* que vige desde a década de 40. Na sua opinião, é necessária uma completa reforma do atual sistema processual penal?

Francisco Cembranelli: Acredito que sim. O CPP é dos anos 40 e naquela época se andava de bonde, pelo menos em SP. Ninguém nunca imaginou que existiria telefone celular, internet e outras modernidades. Não podemos oferecer um serviço decente à sociedade se não tivermos uma legislação moderna e voltada para atender as expectativas sociais. É claro que isso tem que ser feito com critérios para não correremos o risco de piorar o sistema que, inegavelmente, não vem contendo o avanço da criminalidade.

MPMG Jurídico: Recentemente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça têm inovado bastante no que diz respeito ao tema prisões processuais e prisões antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido, tem sido conferido efeito suspensivo aos chamados recursos excepcionais (extraordinário e especial) a fim de manter o acusado em liberdade até o final do processo, exceto nas hipóteses taxativas de prisão preventiva. Qual a visão do senhor a respeito desse novo panorama jurisprudencial que está sendo construído?

Francisco Cembranelli: É claro que alguns exageros, realmente cometidos, contribuíram para que os tribunais superiores se manifestassem nesse sentido. Prisões decretadas e logo revogadas, sem apresentarem resultado prático algum, ocasionaram uma sensação de insegurança muito grande, logo motivando uma intervenção das instâncias mais elevadas. O importante é termos critérios bem objetivos para justificar uma prisão cautelar, exigindo até mesmo uma visão olímpica do futuro da ação penal a ser proposta. Mas considero um exagero alguém acompanhar o trâmite do processo preso preventivamente, ser condenado a penas longas e, antes da apreciação do recurso, ganhar a liberdade até que a decisão se torne definitiva. A sociedade tem toda a razão de ficar perplexa.

FOTO: ALEX LANZA



MPMG Jurídico: O senhor proferiu palestra no Ministério Público de Minas Gerais sobre a atuação no Tribunal do Júri em caso de crimes de grande repercussão social e o relacionamento com a Imprensa. Basicamente, quais foram os pontos abordados nessa palestra?

Francisco Cembranelli: Falei um pouco sobre o que penso sobre a investigação policial e do papel que o MP exerce, ainda muito distante de tudo. É comum os promotores tomarem conhecimento do trabalho policial, estudando profundamente os autos, anos depois do crime. Isso, não raras às vezes, acaba inviabilizando a ação penal e motivando o arquivamento do IP por inexistir quem denunciar. Temos que melhorar a estrutura investigativa, infelizmente vista mais nos casos emblemáticos, e aproximar o Promotor do que está sendo feito pelos policiais, até porque ele é o destinatário daquele trabalho. Penso que a imprensa, salvo alguns excessos cometidos na incansável busca pelo Ibope, cumpre bem seu papel de informar e não deve ter sua liberdade tolhida. Cabe ao promotor, atuando com extremo profissionalismo e bom senso, impor o necessário respeito. Isso é possível sim, respeitando-se a dignidade dos envolvidos.

MPMG Jurídico: Por fim, o senhor poderia deixar uma mensagem aos nossos leitores e aos membros e servidores do Ministério Público mineiro?

Francisco Cembranelli: A mensagem é de que é necessário ter sempre um ideal, seja ele qual for. E lutar muito para que ele seja concretizado. O talento é necessário, uma certa dose de sorte também, mas muito esforço e dedicação são fundamentais para que o sonho se torne realidade. Felicidades e até breve.

COMPREENSÃO DA VONTADE DO DIREITO: UM PROBLEMA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM¹

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutorando pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor de Direito Penal e Processo Penal na UNIVALI. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC e do CESUSC. É autor das seguintes obras: **Habeas corpus: crítica e perspectivas; Dogmática penal e poder punitivo; Direito penal sexual: fundamentos e fontes; Metodologia do ensino jurídico: aproximações ao método e à formação do conhecimento jurídico; Nova lei antidrogas comentada**, todos pela Juruá Editora. É tradutor de **A ignorância do direito** (Juruá Editora). É membro da União Brasileira de Escritores – UBE.*

1. O fenômeno lingüístico é, sob qualquer ângulo pelo qual observemos sua constituição, o que melhor substancia a complexidade da psique humana, expondo através dos signos (lingüísticos) o infundável encadeamento de percepções, que se equilibram numa corda bamba entre o falso e o iludível, mas nunca se manifestando como algo precisamente determinável e insuscetível de múltiplas interpretações: cada palavra, cada significante, mesmo que reduzido ao atomismo de um morfema, poderá conter uma pluralidade de significados: se pronunciar um /ah!/ com diferentes entonações, o emissor da mensagem tanto poderá expressar uma surpresa, como

uma dor aguda, ou, ainda, um suspiro de desânimo, ou sentimento de decepção; ainda que agrupando os vocábulos, a mensagem adquirirá variados significados, de maneira que a expressão /passa uma borracha/ tanto representará uma ordem para a entrega do objeto, como um conselho para esquecer-se de algo. A palavra, para o aquinatense, é sempre ratio da coisa conhecida ou representada: para o entendimento de qualquer realidade intelectual, o homem – o cognoscente – tem de formar palavras, ou um grupo delas. No entanto, Tomás de Aquino (1999) assevera que a palavra não é mera etiqueta para denominar as coisas, e nem podemos expressar o que vai intimamente em nós pelo uso de uma única, o que já evidencia a imperfeição da comunicação humana, diferentemente da Palavra de D'us, a própria perfeição. E por mais que estudiosos tenham pretendido encontrar nas línguas adâmicas as matrizes dos idiomas modernos (que por isso deveriam ser o menos possível contaminadas pela polissemia), como foi voga entre a baixa Idade Média e o período renascentista, daí tendo os lingüistas forjado instrumentos sintéticos de comunicação com a pretensão de serem perfeitos, esbarraram, por um lado, no aspecto da inefabilidade de certas percepções – de difícil verbalização – e, por outro lado, como aspecto decorrente do primeiro, o âmbito restrito das línguas artificiais. É certo, como refere Eco, que algumas línguas possuem o caráter da efabilidade, como é o caso do hebraico, mas mesmo exprimindo o intangível, o metafísico, o não-corpóreo, dão azo a extensas interpretações (basta meditar-se sobre os dois vocábulos hebraicos que exprimem espírito, *neshamah*, *néfesh*, que Maimônides (1992) deu largas em algumas páginas de seu **Mishné Torah**, mas que a literatura cabalista da Idade Média amplia para abundante discussão).

Se considerarmos que a ciência jurídica se serve única e exclusivamente da linguagem para o escrutínio dos fenômenos humanos inseridos no *universum* jurídico, portanto, aqueles que provocam um agir do direito ou seu interesse, embora por derivação, então chegaremos a uma conclusão muito parecida com a de Alf Ross (2003), e diremos que o jurista, ele próprio um obstinado que tenta seguir um *iter directum*, involuntariamente percorre caminhos tortos, que transformam o objetivo do direito – ao qual pretendem lograr aqueles caminhos – numa miragem, num efeito óptico que altera nossas percepções a cada curva: a imprecisão da linguagem, a impossibilidade de estabelecermos as questões jurídicas a partir de um simples processo de nominar fatos, a carga semântico-ideológica presente nas formulações legais de cada *hic et nunc* histórico-jurídico e, ainda, a natural polissemia dos termos do jargão jurídico, dificultam a compreensão do direito como algo não tergiversável. Entenderemos, então, que grande parte dos problemas jurídicos pode reconduzir-se à dissolução *filolingüística*, ou, se se preferir, à apreciação analítica, por um extenso processo que inclui a submissão de fórmulas jurídicas – as expressões jurídicas – ao equacionamento semântico, filológico, semiótico, onde a procura da metalinguagem ajudará – e admitimos apenas isso – a desnudar a mítica *vontade do direito*.

2. As indagações filosóficas sobre a linguagem não são novas e remontam ao classicismo helênico; e aos

1 Deixamos de incluir notas de rodapé para que a leitura seja fluida e para evitar o caráter acadêmico ao texto. Mas aqui deixamos algumas sugestões de leitura sobre filosofia da linguagem: WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002 (há boas edições brasileiras das Investigações filosóficas); ECO, Umberto. A busca da língua perfeita. Trad. de Antonio Angonese. 2 ed. São Paulo: EDUSC, 2002; do mesmo autor, Semiótica e filosofia da linguagem. Trad. de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. Sobre a visão tomista da palavra: TOMÁS DE AQUINO. Verdade e conhecimento. Trad. de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Sobre semiótica: BARTHES, Roland. Elementos de semiótica. Trad. de Izidoro Blikstein. 16 ed. São Paulo: Cultrix, 2006; ECO, Umberto. Tratado geral de semiótica. Trad. de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2007; CAMPOS, Haroldo de. Metalinguagem & outras metas. São Paulo: Perspectiva, 2006. Sobre a perspectiva judaica: MAIMÔNIDES. Mishné Torá. O livro da sabedoria. Trad. do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992; BENSON, Ariel (org.). O Zohar. Trad. de Rosie Mehoudar. São Paulo: Polar, 2006; ANÔNIMO. Sefer ha-Bahir. Trad. para o espanhol de Mario Satz. Barcelona: Obelisco, 1985 (há vasta obra traduzida para o português e o espanhol sobre literatura talmúdica e cabalista). Sobre a semântica do direito: ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. Já tratamos das aproximações do direito aos jogos de linguagem de Wittgenstein: SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 862, p. 69-92, ago. 2007.



antigos que lhes seguiram as pegadas, como o caso de S. Agostinho quem, em suas **Confissões**, ao referir que o aprendizado da língua estava associado ao conhecimento dos signos, deixa implícito o entendimento de que as palavras servem para designar coisas; noção que mais tarde será ampliada por Tomás de Aquino, que assinala as imperfeições da comunicação humana; e, ainda, os talmudistas e cabalistas que emprestam um sentido mítico não só à Palavra, *Dabar* (vocábulo de duplice sentido, uma vez que conota com ação e, portanto, a palavra será já fonte de realização, como se depreende do Gênesis), mas às próprias letras do alfabeto hebraico, como se elas tivessem espírito e represassem sentidos não diretamente revelados. Mas é com Wittgenstein (2002) que a filosofia da linguagem desloca seu eixo, dando-se início ao que o pensador alemão chamou de terapia da “doença filosófica”: em suas **Investigações filosóficas**, o problema estava não no objeto filosofado, o que integra a *philosophia perennis*, mas na linguagem filosófica; e, abordando-a, haveria um princípio de dissolução das questões filosóficas.

O sistema wittgensteiniano é aberto, deixando, apenas, à mostra as dificuldades do uso da linguagem: à medida que se pensa numa dissolução, encontra-se uma nova via problemática e assim sucessivamente, como se estivéssemos a percorrer um longo corredor com inúmeras portas a serem abertas, sem que cheguemos, no entanto, a um destino final. Isso, só por si, é uma forma sutil que o filósofo encontrou para expressar a falibilidade da comunicação humana; a imperfeição da linguagem escrita e falada; e a riqueza polissêmica nas fórmulas a que reduzimos nossa pretensão de comunicar algo a um interlocutor. É lógico que existem instrumentos lingüísticos aptos a mitigar as dificuldades de comunicação, v.g. quando a estabelecemos dentro de jogos de linguagem, com regras conhecidas pelos interlocutores. Assim, se a comunicação entre um pedreiro e um jurista é incompreensível na medida em que um interlocutor não domina as regras conhecidas pelo outro, no *diálogo* que se opera entre juristas haverá já um princípio razoável de inteligibilidade. E apenas isso: o conhecimento das regras não é garantia de que se estabeleça uma comunicação perfeita, pois que as palavras, ou o agrupamento delas em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, v.g., segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa *sub examen* numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sócio-lingüísticas).

Há, partindo dessas dificuldades (e obviamente, muitas mais), como se sustentar, à guisa do que normalmente se diz, um *comando* da Lei? Por outras palavras, dentro da experiência jurídico-jurisdicional, aquela que de fato põe em execução o direito como impulso de materialização da Justiça numa regra normativo-casuística – a sentença –, podem seus operadores arrancar prioritariamente da interpretação do texto legal?

3. É intrigante ler em compêndios de direito nacionais (que a bem da verdade não ultrapassam os limites da pura e simples interpretação de normas) a expressão *comando* legal. Ela denuncia um arraigado juspositivismo de linhagem kelseniana – expressão da ciência jurídica que não mais se justifica nos dias em que se aceita a imanência do direito de esferas distintas da legislativa e quando se admite a própria realização do direito fora dos domínios da judicialização – refletindo-se no compromisso de doutrinadores – *dogmatizadores* – de interpretar o *lóghos* jurídico-legal, ou, como também dizem, a *vontade do legislador* inerente às normas legais, as do direito positivo, mas com um grande reducionismo que os remete para o século da *École de l'exégèse*, ficando suas lições na interpretação mais elementar, a gramatical, descurando, portanto, da ampla circunstância que envolve o direito: o direito, evidentemente, que transcende à norma *normada* emergida do processo legislativo. Expliquemos: o direito puro, sem influências metajurídicas, descendente, segundo o sistema de Kelsen, de uma *Grundnorm*, a norma fundamental de caráter hipotético, não parece ser auto-justificante nem apto a ultrapassar o rigoroso âmbito conceptual para atingir o mundo prático-jurídico. Com isto quer-se dizer que a norma positiva do direito está contaminada, irremediavelmente, por aspectos estranhos ao conceito de pureza, que são da ordem da moral social, das contingências políticas, econômicas, culturais etc. Mas a admissão disso não implica reconhecer que a norma legislada configura, só por si, a vontade do direito, nem na podemos categorizar como a síntese das variadas instâncias, inclusive *metajurídicas*, ou, como já fora dito, uma decorrência do *Volksgeist*: há outros elementos nela entranhados, inclusive de ordem pessoal do legislador, que não nos permite depreender diretamente uma autêntica e autônoma *vontade* do direito. Dessa forma, se ainda persistíssemos em sua descoberta, teríamos também que investigar a léxis do legislador, conhecendo a gramática de que é feita, cujas variantes de suas normas dependem da circunstância pessoal, ideológica, política, religiosa etc. que o envolve, uma vez que, como *homo politicus*, é ele também, necessária e anteriormente, um *homo phaenomenon*, ou o resultado integral de sua circunstância humana. E quanto ao intérprete, seja como jurista, seja o que está na condição de operador do direito? O que diremos dele?

Ora, aquele que se diz intérprete do *comando* legal não estará, como a princípio se poderia inferir do signo lingüístico, submetendo-se à mais nobre *vontade* do direito equivalente a um imperativo categórico, mas, nem sempre por deliberada rebeldia, estará refletindo o que ele próprio é: a gramática da linguagem do intérprete jurídico dará à sua léxis a extensão do que ele é como homem, um ser submetido a idiosincrasias e a percepções oriundas de seu complexo mundo, que é o da psique. Quantas vezes já nos deparamos com um civilista ou penalista em empertigada contenda contra uma única palavra, como ocorreu em relação à *individualização* da pena no contexto do regime legal dos crimes hediondos, pondo nisso suas convicções mais íntimas?

É possível depreender um *direito puro*, não contaminado pelas idiosincrasias, da norma legal e nisso estabelecer o *iter directum* para a realização da Justiça? Entendemos que não, que é difícil, difícilíssimo. E por mais que se depure o *comando* legal, abstraindo a norma de todos os fatores datados que ingressaram quando de sua feitura, ainda assim persistirá o sentido polissêmico do direito determinado pelo que o intérprete, como homem integral, é: ver-se-á na sentença de um juiz, por mais imparcial que pretenda – e deva – ser, o homem que é, sobressaindo na sua fundamentação, nos argumentos lógico-jurídicos, os matizes predominantes de sua constituição pessoal; se politicamente orientado à esquerda, a determinação que emanar da sentença sofrerá esse influxo; se conservador, leremos nela ordem e disciplina fundados, talvez, na preservação da esfera individual do homem. Mas se as coisas são assim, se o discurso jurídico apenas reproduz, por escalas associativas de *ideo-linguagem*, os postulados fundamentais das correntes em disputa pela hegemonia social, teremos no direito uma expressão tendenciosa das forças sociais e a negação de sua posição equidistante? Se, por outro lado, o ambiente sócio-cultural em que isso se opera for maciçamente homogêneo (e as demais expressões constituírem minorias), haverá uma ditadura do direito imediatizada pelas instâncias interpretativas e executórias?

É verdade que em vários episódios históricos o direito foi funcionalizado para servir a uma expressão de poder político, como ocorreu durante o *III Reich*, quando seu Código Penal estava repleto de normas em branco, que podiam ser preenchidas com os princípios da boa moral do homem alemão (logicamente, contrárias às minorias e aos não-arianos); ou quando, ainda nos dias que correm, o direito, sob o pretexto de nacionalismo, intervém diretamente na limitação da propriedade industrial, dando arrimo, em verdade, a determinada ideologia política, no que, sem dúvida, os marcos do estruturalismo de Foucault serviriam para aí identificar um discurso guiado pela técnica do poder, estabelecendo-se, de um lado, o dominador; do outro, o dominado. Mas não acreditamos que dentro dos limites democráticos, em que o pluralismo prevalece, o direito seja urdido como instrumento de poder de um *establishment*: ele prevalecerá como poder, sim, mas do próprio povo, com todas as contradições a ele inerentes, que são afluídas com possibilidade de correção no encadeamento discursivo. Daí que os processos *filológicos*, como vias sempre abertas e inesgotáveis, se estabeleçam como discursos éticos que corrigem os erros mais acentuados do direito.

POSSIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Carlos Henrique Bicalho

Analista do Ministério Público /Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa do

Patrimônio Público

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional

Impende destacar que, muito embora boa parte da doutrina e da jurisprudência defendam a possibilidade de inexigibilidade de licitação para serviços advocatícios, com supedâneo na combinação dos arts. 13, V e 25, inciso II da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), somos da tese da obrigatoriedade, em regra, de licitação para a contratação de advogados na Administração Pública. Somente em casos muito específicos, em que o advogado fosse o único especialista do serviço a ser prestado, ou então o serviço realmente estivesse fora da realidade jurídica dos causídicos comuns, é que seria possível se falar em inexigibilidade de licitação.

Ab initio, é importante asseverar que a licitação deve ser a regra, o caminho, com assento constitucional, a ser seguido pela Administração Pública. Inexigibilidade é exceção, devendo ser bem delineada. Conforme ressaltado alhures, somente em **casos muito específicos é que teremos a inexigibilidade de licitação**, uma vez que tal espécie de contratação direta exige que o fornecedor seja **exclusivo, único**, pressupondo, portanto, **ausência de competitividade**. Ocorre que os administradores públicos aproveitam-se do permissivo legal e exageram, criando inexigibilidades de licitação que não encontram respaldo legal, a exemplo da difundida inexigibilidade para contratação de escritórios de advocacia.

Não é qualquer serviço descrito no art.13 da Lei nº 8.666/93 que torna inexigível a licitação, mas aquele que, integrante desse rol, seja efetivamente caracterizado pela complexidade e pela alta importância de modo a autorizar a quebra da regra da obrigatoriedade de licitação. Em outros termos, o serviço deve ser singular, o contratado deve ter notória especialização e a competição deve ser inviável.



Cumpra tecer alguns comentários acerca da singularidade do serviço. Além de estar arrolado no art. 13 da Lei 8.666/93, mister se faz que o serviço seja **singular**, vale dizer, que possua as notas de **relevância, excepcionalidade e complexidade**. Cotidianamente nos deparamos com inexigibilidade de licitação para serviços de planejamento tributário ou similares em entidades da administração pública estadual. Convenhamos, somente a título de exemplificação, inexigir licitação para serviços de planejamento tributário é totalmente ilegal, uma vez que é possível vislumbrar inúmeros escritórios de advocacia na área tributária aptos a realizar tal empreitada. Esse serviço, embora relevante, não representa excepcionalidade nem mesmo complexidade. Por que não licitar?

Outrossim, cabe destacar ainda outro requisito importante para a inexigibilidade de licitação para escritórios de advocacia: a notória especialização. Trata-se de um conceito que pode sugerir interpretações amplas. Sabemos que existem advogados que, pelo simples fato da fama adquirida, já possuem o requisito. Mas e os outros? Enfim, o que queremos ressaltar é que a *mens legis* do permissivo legal foi no sentido de se contratar diretamente advogados altamente especializados e famosos para áreas e serviços também altamente específicos ('singulares', no jargão legal). É mais fácil visualizar a notória especialização quando se verifica a importância do contratado nos meios jurídicos. **Mas é importante ressaltar que a notória especialização tem como pressuposto o serviço singular.** Alguém só é notoriamente especializado naquele serviço se já tiver experiência acumulada

no decorrer dos anos sobre o objeto do serviço a ser licitado (ou não), além do desempenho profissional soberbo. Portanto, resumindo em três pontos, pode-se afirmar que notoriamente especializado é o advogado que **tem importância nos meios jurídicos (causídico respeitado nos meios forenses, doutrinador conceituado), desempenho profissional soberbo e experiência acumulada no decorrer dos anos sobre o objeto do serviço.**

Quanto à alegação dos escritórios de advocacia em processos de improbidade, no sentido da impossibilidade de realização de licitação por importar em "mercantilização" da profissão, várias ressalvas merecem ser feitas. Participar em licitação é diferente de promover mercantilização da profissão de advogado. Na licitação, temos a participação de várias associações estabelecendo propostas, que serão avaliadas e escolhidas pela Administração. São propostas para a administração pública, e não comercialização da profissão. Não fere o Estatuto da OAB nem o Código de Ética da entidade a simples participação em certame licitatório. Fosse assim, não existiriam certames licitatórios referentes à contratação de escritórios advocatícios no Brasil.

Enfim, temos que é possível exigir licitação para a contratação de serviços advocatícios, usando-se do permissivo legal da inexigibilidade de licitação apenas para situações absolutamente diferenciadas, vale dizer, exclusivas, sem possibilidade de competição, envolvendo serviços realmente singulares e profissionais altamente especializados.

sugestões de leitura

Obras Doutrinárias

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional.** Salvador: Editora JusPodivm, 2010, 423 p.

Com prefácio de Nelson Nery Junior, a obra é escrita, em co-autoria, por conceituados juristas sobre as novas diretrizes do mandado de segurança individual e coletivo inauguradas com a Lei nº 12.016/90.

A obra faz parte da Coleção Carreiras em Ação, escrita por Promotores de Justiça de Minas Gerais e do Paraná, respectivamente.

Trata-se de trabalho vocacionado a amparar primordialmente os recém-ingressos da Academia de Direito que desejam adentrar a carreira do Ministério Público e, para tanto, poderão valer-se de uma obra que prima por trazer, a um só momento, tanto a parte prática quanto uma refinada fundamentação teórica sobre a atuação ministerial, num estudo sistematizado da Instituição a partir de vários planos e modelos.

Praticamente, os autores procuraram apresentar os pontos mais importantes dos instrumentos de atuação do Ministério Público nas áreas cível, penal e coletiva, seja no aspecto extraprocessual, processual, jurisdicional ou

extrajurisdicional. Aqui, são encontradas as principais peças práticas que balizam e norteiam o atuar do promotor de justiça, sem descuidar de apresentar questões polêmicas e relevantes em cada uma das áreas afetas às atribuições ministeriais. Por fim, conforme constou da Apresentação do trabalho:

Em relação ao livro, observa-se que se trata de uma obra didática, clara na exposição das ideias e amparado nos métodos dialético, tópico e experiencial. Mantendo-se a coerência com as novas diretrizes constitucionais do Ministério Público brasileiro e apoiado, teoricamente, nas linhas mestras do novo constitucionalismo e do pós-positivismo jurídico, o livro contempla, no plano da atuação, os dois modelos institucionais do Ministério Público: o modelo do Ministério Público demandista (com atuação jurisdicional) e o modelo do Ministério Público resolutivo (com atuação extrajurisdicional). Os dois modelos são abordados na obra no contexto de uma visão de atuação institucional dinâmica e transformadora da realidade social, o que guarda perfeita relação de adequação com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados expressamente no art. 3º da CF/88, os quais têm incidência direta no plano da atuação das Instituições Democráticas de Defesa Social como o Ministério Público (p. 24).

Artigos

- **PAGANELLA, Marco Aurélio. O esporte como direito fundamental e como instrumento de políticas públicas, sociais, educacionais e de promoção de saúde, à luz do direito.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 69, ano 17, São Paulo, Revista dos Tribunais, out./dez. de 2009, p. 206-238.

O autor busca dar ao tema uma conotação verdadeiramente inserida na teoria dos direitos fundamentais, com reflexões abrangentes do que as que se percebem até então sobre o direito à saúde e, por conseqüência, acerca do próprio direito à vida.

De acordo com as palavras de Marco Aurélio Paganella (2009):

(...) o texto apresenta a tese segundo a qual o direito assegura e admite a prática esportiva como sendo um direito fundamental, dado que: sendo o esporte um vetor significativo na prevenção de doenças e na promoção da saúde; sendo esta uma condição essencial para se viver bem e com dignidade; e, sendo o direito à vida um direito fundamental, logo, o direito à prática esportiva passa a ser, portanto, um direito fundamental. Destarte, o Estado não pode apenas vislumbrar o esporte como um simples instrumento programático, mas, tem o dever de fomentar o desporto, isto é, o Estado deve e tem por obrigação implementá-lo, estimulá-lo e mantê-lo em constante atividade, justamente com vistas à promoção da saúde, o que certamente acarretará uma inquestionável melhoria nas condições de vida de todos que vivem neste país (p. 206-207).

jurisprudência

 **TJMG, 1ª Câmara Cível. Ajuizamento de ação civil pública para suspender o recebimento de 13º salário por vereadores.**

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VEREADORES. RESOLUÇÃO. INSTITUIÇÃO DE DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DA SENTENÇA. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. OFENSA AO ART. 39, § 3º, CF. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF.- O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação objetivando suspender o pagamento de décimo terceiro salário a Vereadores e reaver as quantias pagas de forma indevida.- No âmbito da ação civil pública é possível, em caráter incidental, discutir a inconstitucionalidade de ato normativo em face da Constituição Federal, quando o pedido formulado na inicial restringe-se à suspensão do pagamento da vantagem pecuniária e à devolução das parcelas desembolsadas em favor do agente público.- Não se declara a nulidade da sentença em razão de deficiência no exame de preliminar de carência de ação quando o tema, em razão da lei, é examinável de ofício pelo Tribunal em sede de apelação.- Suscita-se o incidente de inconstitucionalidade de ato normativo municipal instituidor de décimo terceiro salário aos Vereadores Municipais quando há aparente ofensa ao art. 39, § 4º, CF. Incidência da Súmula Vinculante nº 13 do STF. (TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0625.08.077163-1/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 02.06.2009, DJ 10.07.2009).

 **STF, Pleno. Cabimento de controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais.**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NO CURSO DAS FÉRIAS FORENSES (ART. 13, VIII, DO RISTF, E ART. 10 DA LEI Nº 9.868/99). REFERENDO. PARÁGRAFOS 2º E 3º DO ART. 100 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ELEIÇÃO DOS MEMBROS ASPIRANTES AOS CARGOS DE DIREÇÃO DA CORTE ESTADUAL DE



JUSTIÇA. DISPOSIÇÃO DISTINTA CONTIDA NO ART. 102 DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LC Nº 35/79). PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PERIGO NA DEMORA IGUALMENTE DEMONSTRADO. 1. Esta Suprema Corte tem admitido o controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais, desde que presente, de forma inequívoca, o caráter normativo e autônomo do ato impugnado. Precedentes. 2. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao adotar, em seu regimento interno, um critério próprio de especificação do número de membros aptos a concorrerem aos seus cargos de direção, destoou do modelo previsto no art. 102 da legislação nacional vigente, a Lei Complementar 35/79 (LOMAN). 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento no sentido de que o regramento relativo à escolha dos ocupantes dos cargos diretivos dos tribunais brasileiros, por tratar de tema eminentemente institucional, situa-se como matéria própria do Estatuto da Magistratura, dependendo, portanto, para uma nova regulamentação, da edição de lei complementar federal, nos termos do que dispõe o art. 93 da Constituição Federal. Plausibilidade jurídica e perigo na demora existentes. 4. Deferimento de medida cautelar integralmente referendado pelo Plenário. (STF, Pleno, ADI 4108 REF-MC / MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.02.2009).

STJ, 2ª Turma. Edição do ato legislativo inconstitucional que causa lesão ao Erário. Ato de improbidade administrativa

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. MAJORAÇÃO ILEGAL DA REMUNERAÇÃO E POSTERIOR TRANSFORMAÇÃO EM AJUDA DE CUSTO SEM PRESTAÇÃO DE CONTAS. DANO AO ERÁRIO. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR O COMBALIDO COFRE MUNICIPAL. RESTABELECIMENTO DAS SANÇÕES COMINADAS NA SENTENÇA. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra prefeito, vice-prefeito e vereadores do Município de Baependi/MG, eleitos para a legislatura de 1997/2000, imputando-lhes improbidade pelas seguintes condutas: a) edição das Leis nº 2.047/98 e nº 2.048/99, fixando seus subsídios para a mesma legislatura – em contrariedade aos arts. 29, V, e 37, XI, da Constituição –, sobretudo porque baseados em dispositivo da EC 19/98 não regulamentado; e b) edição, num segundo momento, da Lei nº 2.064/99, que suspendeu as leis antes mencionadas e transformou em ajuda de custo os valores majorados às suas remunerações, independentemente de comprovação de despesas, com vigência até a regulamentação pendente. 2. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido e declarou a inconstitucionalidade incidental e a nulidade das leis municipais, condenando os réus a devolverem os valores indevidamente recebidos, além de cominar as sanções previstas na Lei nº 8.429/92. 3. A Corte de origem deu parcial provimento às Apelações dos réus para excluir a) a condenação ao ressarcimento e b) a cominação de sanções. 4. A despeito de ter reconhecido que as leis municipais em referência foram editadas em contrariedade à orientação do Tribunal de Contas do Estado e aos princípios da impessoalidade e da moralidade, o acórdão recorrido afastou integral e amplamente todas as conseqüências da improbidade por não ter vislumbrado má-fé e expressividade nos valores envolvidos. 5. O entendimento de que inexistiu má-fé é irrelevante *in casu*, pois a configuração dos atos de improbidade por dano ao Erário e o dever de ressarcimento decorrem de conduta dolosa ou culposa, de acordo com os arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92. Precedentes do STJ. 6. A edição de leis que implementaram o aumento indevido nas próprias remunerações, posteriormente camuflado em ajuda de custo desvinculada de prestação de contas, enquadra a conduta dos responsáveis – tenham agido com dolo ou culpa – no art. 10 da Lei nº 8.429/92, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário, sujeitando-os às sanções previstas no art. 12, II, da mesma lei. 7. No próprio acórdão consta que havia manifestações do Tribunal de Contas e do STF em sentido contrário à conduta por eles adotadas. 8. A ausência de exorbitância das quantias pagas não afasta a configuração da improbidade nem torna legítima sua incorporação ao patrimônio dos recorridos. Módicos ou não, os valores indevidamente recebidos devem ser devolvidos aos cofres públicos. Precedente do STJ. 9. Cabe lembrar que o valor da majoração excedeu os insuficientes recursos existentes, à época, para ações sociais básicas. 10. A condenação imposta pelo juízo de 1º grau foi afastada à míngua de fundamento jurídico válido, devendo ser restabelecida a sentença em parte, apenas com readequação da multa civil, por ter sido aplicada além do limite previsto no art. 12, II, da supracitada lei. 11. Diante do quadro fático delineado pela instância ordinária (transformação do inconstitucional aumento em ajuda de custo desvinculada de prestação de contas, em montante que ultrapassou a remuneração dos vereadores e quase alcançou a do então prefeito, em contraste com o insuficiente orçamento existente à época para a realização de ações sociais), é razoável fixar a multa em duas vezes o valor do dano. 12. O ressarcimento ao Erário do valor da majoração indevidamente auferida pelos recorridos impõe-se como dívida decorrente do prejuízo causado, independentemente das sanções propriamente ditas. 13. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ, 2ª Turma, STJ - REsp 723494 / MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.09.2009).

TJMG, Corte Superior. Lei sobre patrimônio público. Iniciativa legislativa (1).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TOMBAMENTO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO. LEI. INICIATIVA. LEGISLATIVO. ADMISSIBILIDADE. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Julga-se improcedente o pedido. (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.300914-9/000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 24.11.2004, DJ 15.12.2004).

TJMG, 7ª Câmara Cível. Lei sobre patrimônio público. Iniciativa legislativa (2).

EMENTA: A CF reservou aos municípios apenas a atribuição de “promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30, inciso IX), não lhe sendo dada, contudo, competência legislativa nessa matéria, cabendo aos mesmos utilizarem os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual - Se a motivação adotada para a constituição de servidão de tombamento não corresponder à realidade ou for deficiente, o ato será nulo, nulidade esta a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. (TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0000.00.266516-4/000, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 30.09.2002, DJ 18.02.2003).

O TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS BIOMAS NO BRASIL

Luciano José Alvarenga

Bacharel em Direito (UFMG). Mestrando em Evolução Crustal e Recursos Naturais (UFOP). Membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Assessor no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAOMA)

Embora a Constituição de 1988 não empregue a expressão ‘biomas’, ela contém princípios e regras importantes para a proteção dos vários sistemas naturais que, em interação, compõem um bioma. Sob a óptica da manutenção da capacidade de suporte dos ecossistemas e da conservação da biodiversidade, pode-se mencionar, por exemplo, o inciso I, §1º, do art. 225, que incumbe ao Poder Público o dever de “(...) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. Também merece destaque o inciso VII do mesmo parágrafo, que obriga o Poder Público a “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”. Esses preceitos, em articulação com outras normas constitucionais sobre meio ambiente (p. ex., art. 225, §1º, III), oferecem uma proteção geral aos atributos ambientais de todos os biomas do país, com seus diferentes tipos de ecossistemas.

Todavia, embora os dispositivos anteriormente mencionados ofereçam amparo constitucional à biodiversidade e aos muitos atributos ambientais dos biomas brasileiros, alguns estudiosos veem no “silêncio” da Constituição de 1988, quanto ao Cerrado um estímulo simbólico à conversão extensiva das terras desse bioma. A atual redação do art. 225, §4º, do Texto constitucional brasileiro, que não inclui o Cerrado entre os sistemas naturais

que integram o chamado “patrimônio nacional”, dá a impressão de que o bioma teria menor importância ecológica, se comparado a outras regiões naturais do país.

Essa visão, além de preconceituosa, não tem consistência científica. O Cerrado apresenta uma riqueza biológica notável e singular. Os índices de biodiversidade do bioma são superiores aos verificados na maioria das ecorregiões do planeta. A flora do Cerrado, por exemplo, soma aproximadamente 10 mil espécies, e alguns pesquisadores creem que existam outras 10 mil ainda não catalogadas. Muitas das espécies já estudadas são endêmicas, quer dizer, só existem no bioma. A fauna do Cerrado é igualmente muito rica. Não é à toa que ele é considerado um *hotspot* para a conservação da biodiversidade mundial. Ou seja, uma das grandes regiões naturais da Terra que, por apresentarem altos níveis de diversidade biológica, mas estarem gravemente ameaçadas pela ação humana, são consideradas estratégicas e prioritárias no âmbito das políticas de conservação ecológica. Infelizmente, apesar de sua riqueza e singularidade biológica, o Cerrado continua sendo visto como um “primo pobre” entre os biomas do país. Não há uma lei voltada especificamente para a proteção do bioma, de seus atributos fisiográficos e ecológicos singulares, tal qual ocorre com a Mata Atlântica, protegida pela Lei Federal nº 11.428, de 2006. Essa visão, que atribui menor importância ao Cerrado, encontra sustentação no discurso político-econômico dominante: a região do bioma foi escolhida como cenário de expansão das fronteiras da agricultura e pecuária extensivas. E, caso não haja uma efetiva reformulação das políticas de desenvolvimento que orientam nosso país, em larga escala, corre-se o risco, não desprezível, de que o Cerrado fique circunscrito, antes de 2030, a poucas e esparsas unidades de conservação.

A situação da Caatinga é muito parecida com a do Cerrado. Diz-se, não raramente, que se trata de outro bioma com menor importância, se comparado, por exemplo, à Amazônia e à Mata Atlântica. O preconceito em relação ao Cerrado parece estar associado ao aspecto da vegetação, ou seja, à sua fisionomia. O emaranhado dos galhos tortuosos de

suas árvores e arbustos, natural no contexto do bioma, desperta em muitos o sentimento de que se trata de algo feio, inútil. Preocupado com essa visão, o poeta brasileiro Nicolas Behr, lembrado por Washington Novaes, cunhou estes versos magistrais: “Nem tudo o que é torto é errado: veja as pernas do Garrincha, veja as árvores do Cerrado.”. O preconceito relativo à Caatinga é ainda mais forte. Tal qual ocorre com o Cerrado, ele também tem a ver com a fisionomia da vegetação, mas a literatura científica o associa, com maior ênfase, à aridez e severidade do clima da região. Em realidade, no entanto, a Caatinga é uma grande região natural que presta importantes serviços à espécie humana. Ela também apresenta índices notáveis de biodiversidade e endemismo. Sem contar o fato de que a Caatinga tem um título muito especial: trata-se do único bioma exclusivamente brasileiro. Em que pese o valor biológico desse bioma, o texto do art. 225, §4º, da Constituição de 1988 também é “silencioso” a seu respeito. Por outro lado, também não existe uma lei especificamente voltada para a proteção dos atributos ambientais próprios da Caatinga.

As Áreas de Preservação Permanentes (APPs), as reservas legais e as unidades de conservação, como instrumentos de proteção da flora, fauna, do solo, da biodiversidade e de outros recursos e atributos naturais, são estratégicas no âmbito das políticas de desenvolvimento e de conservação dos biomas brasileiros. Contudo, pelo ângulo da interdisciplinaridade, é preciso considerar que as exigências relacionadas a esses institutos são insuficientes, muitas vezes, para garantir a conservação dos ambientes naturais. Jean Paul Metzger, renomado Professor da Universidade de São Paulo, realizou uma interessante investigação científica e concluiu que o percentual de 20% de reserva legal, aplicável às áreas das propriedades rurais localizadas na maioria dos biomas brasileiros, é insuficiente para manter a chamada conectividade biológica, ou seja, a capacidade de uma espécie transitar naturalmente de um lado para outro da paisagem. A conectividade biológica é muito importante para evitar a extinção de espécies *in situ*. Sem ela, as reservas legais sofrem erosão de diversidade biológica e, com o tempo, tendem a desaparecer. Deve-se dedicar especial atenção, também, ao fenômeno da fragmentação dos ecossistemas, apontado como uma grande ameaça à biodiversidade. Desconectadas entre si, as APPs, as reservas legais e as unidades de conservação alcançarão pouca efetividade, em longo prazo, no

que diz respeito à proteção dos ambientes naturais brasileiros. Por outro lado, é preciso reagir ao movimento de certos segmentos do setor produtivo que, em articulação com atores político-econômicos, estão a defender a redução das exigências relativas às APPs e às reservas legais. Alguns Estados, como Minas Gerais e Santa Catarina, editaram recentemente leis mais permissivas, contrárias à Constituição de 1988, diminuindo a extensão das APPs e “revogando” na prática, a legislação federal sobre a matéria. Um verdadeiro retrocesso, notadamente no atual contexto do acirramento da crise ecológica pela qual o mundo está a passar.

A HORA DE REPENSAR O ECA

Reis Friede

Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público; Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 30 obras jurídicas.

No presente aniversário de 20 anos da introdução do *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA), em nossa legislação, parece-nos, à luz de todas as evidências indicativas, que está mais do que na hora de *repensar* esta inovadora, – mas ao mesmo tempo, absolutamente *ineficaz* –, normatização, no âmbito do escopo contextualizante dos próprios *resultados negativos* que foram observados (e, particularmente, verificados) até o presente momento.

Muito embora seja cediço reconhecer, – em destacado sentido opinativo *reverso* à presente *proposta reflexiva* –, a existência de um verdadeiro *batalhão de juízes sociólogos*, ardentes e apaixonados defensores do ECA, precisamos urgentemente, todavia, nos *afastar* de toda a *passionalidade* que naturalmente envolve o assunto para, com *maestria lógica*, estabelecermos uma verdadeira e imparcial *visão crítica* (e também *amadurecida*) sobre o tema vertente, posto que não é difícil deduzir que, em grande medida, foi a ingênua tentativa de se implantar um “*Código Suíço*” em um *País Tropical* (em sinérgico desafio a nossa realidade efetiva), – mais do que qualquer outro fator isoladamente considerado –, que conduziu aos *extremos absurdos* que estamos sendo compelidos a vivenciar diuturnamente.

À guisa de simplório exemplo, basta mencionar, conforme muito bem noticiado pela Folha de São Paulo, em sua edição de 23/10/2009, à p. 13,

que um *problemático* (para se dizer eufemisticamente o mínimo) adolescente de 13 anos chegou a ser detido, em flagrante delito, por doze vezes, e, após esta última, mais uma vez acabou por ser liberado, em consequência da estrita aplicação dos dispositivos mandamentais consignados no ECA, mesmo após ter praticado toda a sorte de infrações, – incluindo uma tentativa de furto de um carro de um policial militar em Diadema, no ABC; furto consumado de vários outros veículos; dirigir carros e motos roubados, além de participar de um assalto a uma farmácia –, fatos estes que, com toda certeza, somariam muitos anos de prisão (inclusive com efetiva possibilidade de encarceramento) em qualquer outro País Ocidental, de índole político-democrática.

Não é por outro motivo que, cada vez mais, observamos, atônitos, um expressivo e preocupante número de cidadãos brasileiros, *vítimas* da crescente criminalidade que tomou conta de nossas principais metrópoles, recorrerem, direta ou indiretamente, aos “supostos” serviços de proteção dos principais representantes do denominado “Estado Paralelo”, (onde a *menoridade* do infrator é apenas um simplório dado estatístico), objetivando fazer valer, – ainda que por vias moralmente condenáveis (para não adentrarmos em considerações técnico-legais) –, os seus respectivos *direitos* inalienáveis à segurança pessoal e familiar.

A propósito, não é de hoje, lamentavelmente, que os meios de comunicação noticiam o autêntico *império da ordem* imposto pelos respectivos “comandante do tráfico (ou afins)” nas comunidades carentes, que representam, hoje, mais do que em qualquer outra época, verdadeiras “microcidades”, em que qualquer prática delituosa (perpetrada ou não por *menores de idade*) é rapidamente solucionada, – ainda que através de métodos brutais –, o que, em grande parte, explica a relativa simpatia que as *milícias* (estas empregadoras contumazes de *menores*, inclusive como “substitutos de autoria” de eventuais crimes consumados) experimentaram (pelo menos em um primeiro momento), particularmente, na cidade do Rio de Janeiro.

Ainda assim, e independentemente da existência desta inequívoca realidade, é forçoso concluir que deve haver, por derradeiro, algum tipo de *meio-termo* entre a justiça (paralela) da *barbárie* e a justiça (oficial) da *impunidade*, posto que não parece razoável – e minimamente aceitável –, que toda a coletividade tenha que se defrontar sistematicamente com o autêntico *dilema* estabelecido pela *práxis* social atual no que concerne à escolha entre estes dois extremos radicais.

Muito embora não se possa deixar de reconhecer o *inédito, excepcional e corajoso* trabalho do governo do Estado do Rio de Janeiro (e, especificamente da Secretaria de Segurança Pública), em especial, no destemido *enfrentamento* (jamais experimentado no passado na chamada “Cidade Maravilhosa” ou em qualquer outra metrópole verde e amarela), resta evidente que a sociedade brasileira clama por uma *solução definitiva* (e, sobretudo, legal) para o problema que, em última análise, a proteja, efetivamente desses verdadeiros *desafios* titularizados, em grande parte, por pessoas que se presume ainda em *formação de caráter* (sem uma suposta “*compreensão plena*” da natureza criminosa de sua conduta), até porque o Brasil, sob este prisma analítico, se apresenta, *ipso facto*, como o único país do mundo que possui, em absurda e desafiadora *lógica dissonante*, uma *Delegacia* (comumente conhecida pela sigla DPCA) cujo objetivo primordial, – expressamente consignado em lei –, é prioritariamente proteger o *ofensor* (ainda que supostamente “menor de idade”) em flagrante detrimento da *vítima* que, inclusive, pode ser também, vale lembrar, uma simples criança em seus primeiros anos de vida.

COBRANÇA DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Rafael Medina Machado

Analista do Ministério Público de Minas Gerais – especialidade

Direito

*Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal - ANAMAGES/
UNIPAC*

Pós-Graduado em Direito Público ANAMAGES/NEWTON PAIVA

1. Introdução

Reiterados os questionamentos dirigidos a este Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde acerca de cobrança no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS – Sistema único de Saúde - de determinados serviços de saúde, tais como procedimentos cirúrgicos e medicamentos.

Um dos casos concretos que aportaram neste Centro de Apoio diz respeito a cobrança por parte de Hospital Municipal pelos serviços oftalmológicos prestados aos usuários do SUS, com exigência prévia de que os valores cobrados forem depositados na conta do Fundo Municipal de Saúde – FMS.

Infelizmente, essa conduta, mesmo que ao arrepio da Constituição Federal e de toda legislação sanitária, não é tão incomum no imenso território mineiro, em que apenas alguns casos chegam ao conhecimento do Ministério Público.

Feita esta apertada exposição fática, passa-se à análise jurídica da questão.

2. Dos princípios do SUS

Conforme sabemos, nossa Carta Política de 1988, como a maioria das constituições contemporâneas, seguiu o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo erigido como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a saúde foi consagrada pelo nosso Legislador Constitucional como direito fundamental e essencial à dignidade da pessoa humana; bem como um direito social e coletivo (artigo 6º).

Portanto, por obviedade, cumpre ao Estado a obrigação constitucional de prover os meios necessários para sua adequada garantia. Assim, dispõe o artigo 196 da CF:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário (grifo nosso)** às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ombreando o espírito constitucional, a Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica Nacional da Saúde) teria assentado, em seu artigo 2º, que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Aliás, referida norma legal explicitou expressamente a forma desse poder-dever do Estado na promoção desse direito fundamental, dispondo, no § 1º do art.2º, que: “O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

E, ainda, em seu art.7º, nossa Lei Orgânica da Saúde foi contundente em afirmar que as ações e serviços públicos de saúde são desenvolvidos de acordo com as diretrizes do art. 198 da Constituição Federal.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo-se ainda aos seguintes princípios:

Coletivo

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; (grifo nosso)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - [...];

IV - Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. [...].

No tocante à afirmação sobre a gratuidade das ações e serviços de saúde nos serviços públicos contratados, a Lei Federal nº 8.080/90, em seu art 43, foi determinante:

Art. 43 A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Embora nossa Carta Política não preveja, sob a forma expressa (escrita) a gratuidade das ações e serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde, é de se observar, por obviedade ululante, que ela é imanente ao sistema normativo que cuida do direito fundamental à saúde, pois decorre da garantia constitucional do acesso *universalizado e igualitário*.

Ao dispor sobre a gratuidade das ações e serviços de saúde ofertados pelo SUS, a Lei Federal nº 8.080/90 ressalva as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas. Esta ressalva, no entanto, deve ser interpretada em consonância com os princípios basilares do SUS – universalidade, igualdade e integralidade. Dessa forma, incompreensível qualquer eventual faculdade dada aos gestores do Sistema Único de Saúde, em quaisquer de suas esferas, no sentido de estabelecer preços para a realização de consultas, procedimentos ou fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS.

A referida ressalva à gratuidade, feita pelo art. 43 da Lei Orgânica Nacional da Saúde a eventuais cláusulas de contrato ou convênio celebrado com as entidades privadas, somente poderia alcançar os serviços acessórios não considerados como de assistência à saúde, como no caso dos serviços de hotelaria oferecidos por alguns hospitais¹ que, ao contratar com o Poder público poderiam incluir cláusulas para permitir, por

exemplo, quarto individualizado, acesso a telefone etc., serviços estes considerados extras. Contudo, reforce-se, referidas cláusulas (permissivos) não poderiam de modo algum transpor tais limites de modo a alcançar os atos médico-hospitalares.

Cabe ressaltar que essa prática é vedada aos hospitais públicos por determinação da própria norma infraconstitucional.

Além dessa ressalva, é de se afirmar que qualquer outra concessão que admita pagamento, por parte do usuário, fere a noção de unicidade constitucional do sistema. Neste sentido, considera-se indevida qualquer tipo de cobrança, praticada por prestadores de serviços vinculados ao SUS, já que estaria em franca contradição com o que informa o princípio da gratuidade.

Ainda que reconheçamos o fato do pouco investimento público (financeiro) para determinadas especialidades médicas, como por exemplo, a política de atuação na área da oftalmologia, tal circunstância não poderá abonar essas hostilizadas condutas. Definitivamente não!

Compete aos gestores a responsabilidade pela integralidade da atenção à saúde da sua população, exercendo essa responsabilidade de forma solidária para com o Estado e a União.

Aliás, constitui-se em uma das responsabilidades gerais da gestão do SUS pelos municípios, conforme definido nos “Pactos pela Vida e de Gestão”²: identificar, com o apoio dos estados, as necessidades da população do seu território; fazer um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos; desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação.

A prática de cobrança de ações e procedimentos públicos de saúde em desfavor dos usuários dependentes desses serviços é atentatória aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais do cidadão, de modo a ressaltar práticas de improbidade administrativa e até criminais por seus responsáveis.

3. Das Conseqüências da cobrança

Conforme sabemos, a conduta da cobrança dessas ações e serviços públicos de saúde configura, em tese,

¹ CARVALHO, Guido Ivan de, SANTOS, Lenir. SUS – Sistema Único de Saúde. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. Pag. 64.

² Portaria nº 699/GM, de 30 de março de 2006.

ato de improbidade administrativa, tipificada no art. 11, inc. I, da Lei 8.429/92, a saber:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...].

Não é necessário que o gestor do SUS pratique diretamente a cobrança. No caso concreto, em havendo indícios de que os gestores do SUS envolvidos (sistema de referência),³ tenham concorrido para esta prática, a improbidade administrativa já estará configurada. Nestes termos leciona José dos Santos Carvalho Filho:⁴

Denomina-se de sujeito ativo aquele que pratica o ato de improbidade, concorre para sua prática ou dele extrai vantagens indevidas. É o autor ímprobo da conduta. Em alguns casos, não pratica o ato em si, mas oferece sua colaboração, ciente da desonestidade do comportamento.

Essa cobrança também poderá vir a configurar crime contra a Administração Pública previsto no art. 316 do Código Penal – Concussão, que assim dispõe:

“Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.”

Acerca do tema, essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional constitucionalmente incumbido da uniformização da jurisprudência pátria:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES COMETIDOS POR MÉDICOS E PROFISSIONAIS DE HOSPITAIS CONVENIADOS AO SUS. DESMEMBRAMENTO. SENTENÇA DEFINITIVA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

³ A Programação Pactuada Integrada sob coordenação do Estado de Minas Gerais foi instituída no âmbito do Sistema Único de Saúde visando à definição da programação das ações de saúde em dados territórios - município, microrregião e macrorregião do Estado, a partir de critérios e parâmetros técnicos e limites financeiros. A pactuação é negociada nas instâncias legítimas pelos gestores envolvidos, sob a coordenação do Estado, e resulta na definição da alocação dos recursos financeiros para a saúde. A partir da pactuação, os municípios **referenciam** sua população para tratamento em outro município ou é **referenciado** para receber a população vizinha, conforme sua capacidade instalada e sua necessidade.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. P.874. 2006.

*E QUADRILHA OU BANDO. SÚMULA 235/STJ. ÓBICE À REUNIÃO DOS PROCESSOS. DELITOS REMANESCENTES DE **CONCUSSÃO** E QUADRILHA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

[...].

3. *Remanescendo somente os delitos de **concução** e formação de quadrilha, pela eventual conduta de receber valores de clientes atendidos por meio do SUS – Sistema Único de Saúde, não se evidencia prejuízo a ente federal, produzindo tão-somente efeitos no âmbito particular, sendo a competência da Justiça Estadual. [...].* (CC 84813/RS; Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima; Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2009).

No mesmo sentido está a recente jurisprudência mineira:

CONCUSSÃO - MÉDICO CONVENIADO DO SUS - COBRANÇA DE HONORÁRIOS - CRIME CARACTERIZADO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS NOS AUTOS - PENA DE MULTA - PROPORCIONALIDADE - REDUÇÃO - NECESSIDADE - PENA ALTERNATIVA - ALTERAÇÃO. Estando robustamente comprovadas a autoria e materialidade delitiva, se amoldando a conduta do agente na norma prescrita no art. 316 do CP, na conduta do médico que cobra honorários de cirurgia feita, sendo que o mesmo atendeu pelo Sistema Único de Saúde, configurado está o crime de concussão. A pena de multa deve ser fixada proporcionalmente à pena privativa de liberdade. Deve ser feita alteração na pena restritiva de direitos consistente em interdição temporária de direitos, se ela não coaduna com a finalidade da pena. [...]. (nº1.0433.05.146431-4/001(1); Relator Maria Celeste Porto; Data da publicação/Fonte: DJe 14/06/2008).

Além dessas, como não poderia deixar de ser, também estará o agente responsável pela cobrança sujeito às demais responsabilidades – civil e administrativa.

4. Conclusão

Procedidas às análises, resta-nos concluir que:

1) Embora a Carta Magna não preveja a gratuidade dos serviços do SUS explicitamente, é de se observar que ela é imanente ao sistema normativo que cuida do direito à saúde, pois decorre da garantia constitucional do acesso *universalizado e igualitário*;

2) Qualquer conduta que enseje cobrança de procedimentos de usuários do SUS em relação a

Coletivo

procedimentos prestados pelos serviços públicos ou privados contratados ou conveniados fere o princípio da gratuidade e aqueles basilares do SUS, da universalidade, da igualdade de acesso e o da integralidade. A ressalva contida no art. 43 da Lei nº 8.080/90 não pode ser interpretado de forma a contrariar os referidos princípios, sob pena de estar em desacordo com todo o sistema normativo do SUS.

3) Em havendo provas de que houve cobrança ilegal indevida pela prestação de serviços públicos de saúde em desfavor dos usuários do SUS, restará caracterizado, em tese, dentre outras, improbidade administrativa e crime contra a Administração Pública por parte de seus responsáveis.

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição (988)* da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=240366>>. Acesso em 17 jun. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 15 ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. P. 874

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. SUS – Sistema Único de Saúde. 4ª ed. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2006.

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm> Acesso em: 17 jun. 2010.

Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996. Aprova a Norma Operacional Básica (NOB 01/96), que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

Portaria nº 699/GM, de 30 de março de 2006. Regulamenta as Diretrizes Operacionais dos Pactos pela Vida e de Gestão. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

sugestões de leitura

Obras Doutrinárias

- MARTINS JUNIOR, Paulo Pereira; CARNEIRO, João Álvaro; ALVARENGA, Luciano José; PINHEIRO, Zilmar Celestino; MATOSINHOS, Cristiano Christóforo; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Guia prático de requisição de perícias ambientais**. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais, 2010. 116p.

Essa relevante obra coletiva contou com a participação de especialistas e profissionais de várias instituições constitucionalmente vocacionadas à defesa do meio ambiente, como o próprio Ministério Público, por intermédio do seu Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAO-MA), a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), por intermédio da Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), do Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM) e do Instituto Estadual de Florestas, a então denominada Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia (SECT), por sua Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais (CETEC), além da participação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Como constou da apresentação à obra, pelo então Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público mineiro Jarbas Soares Júnior:

A partir de agora, os membros e técnicos do Ministério Público, os órgãos estaduais e seus agentes terão à disposição informações básicas sobre as instituições envolvidas e quesitos para a elaboração de perícias e laudos técnicos. Para requisitá-los (o Ministério Público) e estruturá-los (os técnicos), bastará aos operadores consultar as diversas sugestões formuladas e adequá-las à realidade. Enfim, temos um farto e bem produzido material de apoio (extraído da Apresentação).

Com efeito, o livro contém roteiros bem elaborados e sistematizados de quesitos e modelos de laudos sobre as mais diversas situações e segmentos da defesa do meio ambiente, seja na fase de implantação e licenciamento do empreendimento, seja durante a eventual ocorrência de dano ou lesão ao bem jurídico protegido. O trabalho surpreende pela vasta abrangência do seu conteúdo, praticamente, não deixando de fora qualquer situação fática que interesse à atuação do Ministério Público.

Obras Doutrinárias

- MARTINS JUNIOR, Paulo Pereira; CARNEIRO, João Álvaro; ALVARENGA, Luciano José; PINHEIRO, Zilmar Celestino; MATOSINHOS, Cristiano Christóforo; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Guia prático de requisição de perícias ambientais**. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais, 2010. 116p.

Essa relevante obra coletiva contou com a participação de especialistas e profissionais de várias instituições constitucionalmente vocacionadas à defesa do meio ambiente, como o próprio Ministério Público, por intermédio do seu Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (CAO-MA), a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), por intermédio da Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), do Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM) e do Instituto Estadual de Florestas, a então denominada Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia (SECT), por sua Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais (CETEC), além da participação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Como constou da apresentação à obra, pelo então Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público mineiro Jarbas Soares Júnior:

A partir de agora, os membros e técnicos do Ministério Público, os órgãos estaduais e seus agentes terão à disposição informações básicas sobre as instituições envolvidas e quesitos para a elaboração de perícias e laudos técnicos. Para requisitá-los (o Ministério Público) e estruturá-los (os técnicos), bastará aos operadores consultar as diversas sugestões formuladas e adequá-las à realidade. Enfim, temos um farto e bem produzido material de apoio (extraído da Apresentação).

Com efeito, o livro contém roteiros bem elaborados e sistematizados de quesitos e modelos de laudos sobre

Coletivo

as mais diversas situações e segmentos da defesa do meio ambiente, seja na fase de implantação e licenciamento do empreendimento, seja durante a eventual ocorrência de dano ou lesão ao bem jurídico protegido. O trabalho surpreende pela vasta abrangência do seu conteúdo, praticamente, não deixando de fora qualquer situação fática que interesse à atuação do Ministério Público.

Artigos

- MOURA, Walter José Faiad de; FERREIRA, Bruna Cavalcanti Lamounier. **A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos.** Revista de Direito do Consumidor, nº 71, Revista dos Tribunais, São Paulo, jul./set. De 2009. p. 195-219.

Os autores mostram-se preocupados quanto à representatividade das causas que chegam para análise perante os tribunais superiores, especialmente diante dos mecanismos recentemente positivados na legislação brasileira acerca da técnica de julgamento por amostragem e da técnica dos recursos repetitivos.

Para eles, diante dessa nova sistemática, tem diminuído no STF e no STJ de o número de recursos nos quais se possa discutir o tema relativo ao tema defesa do consumidor, o que enseja uma mudança de mentalidade e postura processuais. Em síntese, sustentam que:

Os grandes grupos econômicos têm condições de direcionar estratégias de defesa pinçados à apreciação, enquanto o interesse dos consumidores, que muitas das vezes não têm causídico constituído para acompanhamento do feito nos Tribunais Superiores, resta prejudicado. A solução do nivelamento pode ser encontrada na convocação de entidades de defesa dos consumidores para se manifestar nos autos na condição de *amicus curiae*, com possibilidade, inclusive, de oposição de recurso de embargos de declaração (p. 195).

jurisprudência

🏛️ **TRF4, 3ª Turma.** *Ministério Público. Defesa dos direitos dos usuários de estrada. Colocação de dispositivos de controle eletrônico de tráfego ('pardais'). Nulidade das autuações que desrespeitaram normas federais*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. ADEQUAÇÃO DO CONTROLE ELETRÔNICO DE TRÁFEGO (LOMBADAS ELETRÔNICAS "PARDAIS") ÀS NORMAS FEDERAIS PERTINENTES. ANULAÇÃO DAS AUTUAÇÕES QUE NÃO SE SUBORDINARAM A ESSAS REGRAS. PERMANÊNCIA DAS LOMBADAS FÍSICAS. 1. Inocorrência das nulidades apontadas no recurso. 2. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação que visa tutelar os interesses dos usuários da estrada. As disposições processuais do Código e, entre elas, as atinentes à defesa coletiva dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos aplicam-se integralmente à LACP, ampliada pelo CDC. 3. Os limites do poder de polícia estão condicionados ao interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição da República (art. 5º). Cumpre ao administrador, segundo seu prudente critério, nos casos em que a lei não determina o modo e as condições da prática do ato de polícia, agir coerentemente na esteira do interesse geral, distinguindo dentre os meios possíveis, aqueles mais eficientes e menos lesivos aos indivíduos sem distinção. 4. Hipótese em que se verifica a ausência de um estudo técnico ou pesquisa, que aponte com precisão resultados satisfatórios do controle por 'pardais' em contrapartida com a arrecadação que aumentou exacerbadamente. 5. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF4, 3ª Turma, Apelação Cível nº 200071070048415, Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 27.11.2002).

🏛️ **TJMG, 6ª Câmara Cível.** *Ação coletiva de consumo. Publicação obrigatória de editais para a convocação de eventuais interessados*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. EDITAL. INTIMAÇÃO DOS INTERESSADOS. OBRIGATORIEDADE. ART. 94, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. Tratando-se de ação coletiva de consumo, para a proteção de direitos individuais homogêneos e coletivos, estabelece o art. 94, do Código de Defesa do Consumidor, a obrigatoriedade de publicação de edital em órgão oficial, para que os interessados possam intervir no feito como litisconsortes, implicando a sua inobservância em nulidade dos atos posteriores (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.07.495137-7/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 08.09.2009, DJ 06.11.2009).

 **STJ, 1ª Seção.** *Aplicação de multa administrativa por infração à legislação ambiental. Prescrição. Termo inicial*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI Nº 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. 1. A Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental de São Paulo-CETESB aplicou multa à ora recorrente pelo fato de ter promovido a “queima da palha de cana-de-açúcar ao ar livre, no sítio São José, Município de Itapuí, em área localizada a menos de 1 Km do perímetro urbano, causando inconvenientes ao bem-estar público, por emissão de fumaça e fuligem” (fl. 28). 2. A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que é de cinco anos o prazo para a cobrança da multa aplicada ante infração administrativa ao meio ambiente, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, o qual deve ser aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional. 3. Não obstante seja aplicável a prescrição quinquenal, com base no Decreto nº 20.910/32, há um segundo ponto a ser examinado no recurso especial - termo inicial da prescrição - que torna correta a tese acolhida no acórdão recorrido. 4. A Corte de origem considerou como termo inicial do prazo a data do encerramento do processo administrativo que culminou com a aplicação da multa por infração à legislação do meio ambiente. A recorrente defende que o termo *a quo* é a data do ato infracional, ou seja, data da ocorrência da infração. 5. O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da *actio nata*. Nesses termos, em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado. 6. No caso, o procedimento administrativo encerrou-se apenas em 24 de março de 1999, nada obstante tenha ocorrido a infração em 08 de agosto de 1997. A execução fiscal foi proposta em 31 de julho de 2002, portanto, há pouco mais de três anos a contar da constituição definitiva do crédito. 7. Nesses termos, embora esteja incorreto o acórdão recorrido quanto à aplicação do art. 205 do novo Código Civil para reger o prazo de prescrição de crédito de natureza pública, deve ser mantido por seu segundo fundamento, pois o termo inicial da prescrição quinquenal deve ser o dia imediato ao vencimento do crédito decorrente da multa aplicada e não a data da própria infração, quando ainda não era exigível a dívida. 8. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008. (STJ, 1ª Seção, REsp 1112577 / SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 09.12.2009, DJ 09.02.2010).

 **STJ, 2ª Turma.** *Ato de improbidade administrativa. Absolvição perante a Justiça eleitoral. Irrelevância*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXISTÊNCIA DE ABSOLVIÇÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA COISA JULGADA - FALTA DE IDENTIDADE DE PEDIDO E DE CAUSA DE PEDIR - NÃO-OCORRÊNCIA - PRECEDENTES. 1. Para ocorrência da coisa julgada, é necessária a conjugação de três elementos: partes idênticas, mesma causa de pedir e mesmo pedido. 2. No caso dos autos, conforme assevera o *decisum* ora agravado, “a ação proposta perante a Justiça Eleitoral foi formulada pela ‘Coligação Sim por São Paulo’ com o intuito de obter declaração de responsabilidade do ex- Prefeito Municipal Paulo Maluf e de seu Secretário Municipal das Finanças, José Antonio de Freitas, com a cassação do registro do então candidato a Prefeito Celso Pitta, por uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico e do poder de autoridade bem como pela prática de crime de responsabilidade.” (fl. 211) 3. O Ministério Público estadual propôs ação de improbidade contra o agravante, com as seguintes finalidades: 1) “reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa por parte do réu...” (fl. 99); 2) “declarar a responsabilidade solidária dos réus...” (fl. 100); e, 3) condenar “ao pagamento de todos os prejuízos causados ao patrimônio público.” (fl.100) 4. Não há entre as ações identidade de pedido nem causa de pedir; inexistindo, por conseguinte, violação da coisa julgada. 5. Quanto à alegada violação dos artigos 5º, XXXV e LIV e 37, § 1º, ambos da Constituição Federal, cumpre asseverar que não compete a este Tribunal examinar na via especial, nem sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional; tarefa reservada, pela Constituição da República, ao Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 495344 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 23.09.2008, DJe 06.11.2008).

A QUESTÃO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE OS FILHOS

Evelin Matos Goulart

Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Aluna de mestrado da D.I. Direito do Trabalho Comparado pela UFMG. Advogada.

Professora do Curso Orville Carneiro.

O assunto refere-se exatamente a esta difícil e delicada questão: pode um pai ou uma mãe ser responsabilizado (a) civilmente – e por isso, condenado (a) a indenização – pelo abandono afetivo perpetrado contra o filho? A procura pelo fundamento da resposta a essa pergunta levaria à seguinte indagação: a denominada responsabilidade paterno-filial resume-se ao dever de sustento, ao provimento material do necessário ou do imprescindível para manter a prole, ou vai além dessa singela fronteira, por situar-se no campo do dever de convívio, a significar uma participação mais integral na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e subsistência emocionais.

Muitos julgaram – e o século anterior esteve a dar respaldo a esta convicção – que a assunção da responsabilidade pela manutenção material dos filhos seria o suficiente a ser feito em prol de alguém a quem não se deseja por perto. Certamente, essa meia-responsabilidade não foi jamais suficiente, mas o paradigma de outrora não abria chance para tal análise, porque a importância da vontade e do querer adulto sempre foi significativamente maior a necessidade e a carência infantil.

Foi o caso, por exemplo, da menina judaica¹ abandonada afetivamente por seu pai logo após o nascimento, quando ele se separou de sua mãe e, em seguida, casou-se com outra mulher, com quem teve outros três filhos. Por serem todos membros da comunidade judaica, o pai e sua nova família encontravam-se freqüentemente com a menina abandonada, e nessas ocasiões o pai fingia não conhecê-la, de modo a desprezá-la reiteradamente. O interesse do pai em formar nova família, completamente desvinculada da família anterior – independente de quais tenham sido as razões que o levaram a assim agir – foi mais importante e imperativo que o interesse da menina. Essa situação provocou, desde logo, os sentimentos de rejeição e de humilhação, os quais se transformaram em causas

de danos importantes, como significativo complexo de inferioridade, demandando cuidados médicos e psicológicos por longo tempo. Só bem mais tarde, na verdade, essa criança encontrou guarida na resposta jurisdicional para os anseios, as frustrações e os traumas que a acompanharam por toda a vida.

Foi assim também o caso do menino, igualmente abandonado por seu pai,² que, por razões semelhantes, deixou-o desprovido de sua presença, de seu carinho, de seu interesse por sua criação e por seu desenvolvimento, o que lhe causou significativo déficit psicológico e emocional. Pela produção de tal dano moral a seu jovem filho, o pai foi condenado pelo Poder Judiciário, em segunda instância, a reparar a falha praticada, a omissão perpetrada e a responsabilidade por tantos anos ignorada.

Com sua sensibilidade e inteligência ímpares, além do invejável conhecimento específico – em razão dos casos reais que trata, na advocacia –, Rolf Madaleno (2009) escreve:

(...) justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.³

A ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.⁴

2 Esse segundo caso é o relatado pelo acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Ap. Cível n. 408.550-5, relator desembargador Unias Silva, 7ª Câmara Cível, TJMG, j. DJMG 29/04/04)

3 MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais.*

4 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Aspectos jurídicos da relação paterno-filial. *Carta Forense* São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, março, 2005.

1 Esse caso é o relatado na decisão do juiz Luiz Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível Central de São Paulo (Processo n. 01.36747-0, j. 26/06/04).

Nessa vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade – há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave.⁵

Por outro lado – é invencível e imprescindível esta menção – outros casos considerados como assemelhados não foram recepcionados pelo Poder Judiciário⁶ – e de modo acertado, exatamente porque as decisões não reconheceram, nos casos concretos, a existência de danos morais indenizáveis decorrentes do fato de um eventual abandono afetivo, ou porque não houve dano, ou porque não houve abandono, ou porque não estava estabelecida a relação paterno-filial da qual decorre a responsabilidade em apreço, ou, finalmente, porque não se estabeleceu o imprescindível nexo de causalidade, causa eficiente da responsabilização civil *in casu*.

Dessa feita, conclui-se que o profissional do direito tenha cautela na propositura de ações a esse título e, o Judiciário, que pautе suas decisões pela prudência e severidade, de tal sorte que não se venha a dar guarida a sentimento de vingança, onde a criança, apenas seja usada como instrumento na obtenção de indenizações que, ao invés de remediar a situação, venha tão-somente a atender sentimentos menores com os quais, com a devida *venia*, a justiça não pode compactuar.



FOTO: ARQUIVO PESSOAL

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Vanessa do Carmo Diniz

Promotora de Justiça em Janaúba/MG

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Professora de Direito Civil da FAVAG – Faculdade Vale do Gorutuba

A família caracteriza-se como organismo natural de relevância ímpar para a sociedade. É no ambiente familiar que o ser humano recebe a estrutura necessária para o desenvolvimento de sua personalidade e de seu caráter, tornando-se um cidadão que deverá contribuir de forma positiva para a humanidade. Trata-se de ambiente natural de crescimento e aprimoramento do indivíduo, o que só é possível a partir de uma convivência familiar que respeite a dignidade do ser humano.

Contudo, nem sempre foi assim. Como organismo natural, a família passou por diversas fases, exercendo várias funções ao longo da história. Nessa evolução, deixou de desempenhar muitas dessas funções, as quais passaram a ser exercidas por outras instituições. No entanto, restou à família contemporânea o desempenho da função afetiva, cujo exercício parece ser insubstituível por qualquer outra instituição. Nesse sentido é o estudo elaborado por Fábio Ulhoa Coelho:

No início, desempenhava funções religiosas (não havia religião fora de casa) e econômicas (na família se produziam os principais bens para subsistência de seus membros) que perdeu totalmente. Desempenhava, também, funções educacionais e assistenciais, que em parte não tem mais. As funções biológicas e afetivas são as que, por enquanto, mantêm as famílias.

5 HIRONAKA, op. cit.

6 São casos assim, por exemplo, aqueles mencionados pelas decisões do mesmo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (julgado não disponibilizado pelo TJMG por correr em segredo de justiça, do qual foram desembargadores Luciano Pinto, Márcia Paoli Balbino e Irmair Ferreira Campos – relator,) e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Cível n. 2004.001.13664, rel. desembargador Mário dos Santos Paulo – juiz *a quo* André Veras de Oliveira, 4ª Câmara Cível, TJRJ.)

[...]

A família, no ponto de chegada dessa história de perdas, parece finalmente direcionar-se para sua vocação de espaço da afetividade. Nessa função, ela representa uma organização social insubstituível. Por enquanto.⁷

Ao lado dessa evolução natural, o Direito vem tentando acompanhar as modificações no âmbito familiar. Embora alguns chamem de crise na família, Caio Mário alerta para o fato de que a suposta crise é mais aparente que real, “[...] pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas.”⁸ Acrescenta referido autor que: “Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização.”⁹ Com efeito, cabe ao Direito regulamentar e normatizar as relações sociais através dos valores que cada sociedade adota para si, em cada época. Nesse sentido, torna-se um desafio acompanhar as mudanças sociais no âmbito familiar, constantemente fomentadas pelo aprimoramento das ciências, dos meios de comunicação e dos transportes, tornando as relações familiares cada vez mais complexas.

Durante muito tempo o Estado, através do Direito, somente dedicou proteção à família como organismo vinculado ao casamento, cuja estrutura ligava-se à impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal e não intervenção estatal na criação e educação da prole. Não havia qualquer tipo de preocupação com a dignidade de cada ser humano integrante da família. Acreditava-se que a estrutura familiar estava ligada à formalidade do casamento, independente da felicidade de cada um de seus membros. Preservado o casamento, preservada estaria a estrutura familiar e, conseqüentemente, a estrutura social.

No entanto, a mobilização mundial de garantia da dignidade da pessoa humana, principalmente através de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e de documentos ligados à preservação dos direitos inerentes à condição de ser humano, levou os países a modificarem suas legislações, passando a garantir proteção não apenas à instituição “família”, mas a cada ser humano que a integra.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adotando as diretrizes internacionais humanitárias, estabeleceu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 3º, III), garantindo a

proteção do Estado a cada integrante da família (CRFB/88, art. 226, § 8º).

Nesse contexto, embora a palavra afeto não conste da Lei Constitucional, a sua garantia como direito fundamental decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme demonstra Flávio Tartuce no trecho a seguir:

O *afeto* talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.¹⁰

Além disso, o direito fundamental à convivência familiar garantido constitucionalmente a crianças e adolescentes só poderá se efetivar a partir de uma relação familiar baseada no afeto entre seus membros.

Com efeito, não é possível pensar a família sem ter em conta o princípio da afetividade. O direito de família é o mais humano dos direitos, porquanto diga respeito às relações mais íntimas do indivíduo. Por tal razão, as relações que acontecem no seio da família só podem fundar-se no amor, carinho e respeito, sentimentos esses decorrentes do que se busca garantir através do princípio da afetividade. O ser humano que se desenvolve a partir de tais sentimentos certamente terá melhores condições de contribuir para uma sociedade mais solidária.

O reconhecimento do afeto como elemento que organiza e orienta o desenvolvimento do ser humano no seio da família é tratado por Maria Berenice Dias (2007) como pronto crucial para se chegar à felicidade:

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito da relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador.¹¹

A jurisprudência, por seu turno, vem reconhecendo a primazia da família socioafetiva na garantia do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes. Nesse sentido:

7 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5, p. 07/08.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 05.

9 Idem, p. 30.

10 TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 47.

11 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-53.

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o carácter socioafetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem.¹²

A ausência do afeto no seio da família biológica é a principal causa de danos psíquicos aos filhos. Tais danos podem ser irreversíveis e jamais serão compensados por indenizações pecuniárias eventualmente cobradas. No entanto, Giselda Hironaka (2006) destaca a importância pedagógica da indenização por abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, alertando que tais pedidos não devem ser utilizados com abuso de direito e sem o bom senso necessário para cada caso:

De outro lado, a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.¹³

O objetivo não é saber quanto custa o afeto, mas fazer com que a sociedade compreenda o quanto a sua ausência prejudica o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Conclui-se que as mudanças nas relações familiares que são presenciadas pela sociedade do século XXI não podem ser ignoradas pelo Direito. Cabe ao legislador regulamentar as relações que acontecem na sociedade, não podendo fechar os olhos para as mudanças sociais. A facilidade de comunicação cada vez mais intensa entre as pessoas, bem como o desenvolvimento das ciências, não permitem mais que a família seja regulamentada nos moldes do início do século passado, época em que a entidade familiar era chefiada pelo pai, e o Estado não podia intervir nas relações entre seus membros. Ao contrário, o que se busca hoje é que o Direito, diante da evolução do conceito de família, tenha instrumentos suficientes para garantir que o afeto constitua a razão de ser das relações familiares, sob pena de comprometer a estrutura da sociedade como um todo.

12 TJMG. Processo 1.0105.02.060668-4/001. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. DJ 05.07.2007.

13 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 148.

Não se pode falar em dignidade humana quando a pessoa, no seu desenvolvimento, é privada dos sentimentos de amor, carinho, proteção e respeito. O reconhecimento do afeto como base fundamental da estrutura familiar é essencial para a formação de seres humanos comprometidos com os valores de uma sociedade mais fraterna.

A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Andeirson da Matta Barbosa

Analista do Ministério Público de Minas Gerais

Como cediço, o inadimplemento voluntário e inescusável do devedor de alimentos culmina na privação da sua liberdade, pelo uso do instrumento da prisão civil, prevista na Constituição da República e no Estatuto civil e processual civil.

Este instituto – prisão civil – tem por fito coagir o devedor a cumprir com seu *munus*, com vistas a assegurar que não falte ao alimentando o mínimo para o seu sustento.

Contudo, visando refrear a voracidade dessa medida, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 309, sedimentando o entendimento de que somente as 03 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da ação, bem como as que se vencerem no curso da ação executória, ensejam a imposição de medida tão gravosa ao executado.

Não obstante, não raro, observa-se na praxe forense que parcela mínima dessas prestações – três anteriores ao ajuizamento da ação, e as que se vencerem no curso da lide – deixa de ser paga e, mesmo assim, o executado tem sua liberdade cerceada.

Exemplificativamente: devendo o executado a quantia de mil reais, tendo pagado R\$ 950,00, a execução tem prosseguimento, podendo inclusive ensejar a sua prisão civil.

Vê-se que, na hipótese acima aventada, o alimentando não está mais em situação de risco, pois o mínimo necessário já lhe foi garantido, pelo pagamento substancial da dívida.

Mesmo que não seja mais possível a privação da liberdade do executado, o processo prossegue, dando azo a intermináveis diligências para localizar bens do executado passíveis de penhora, movimentando-se a máquina judiciária para cobrança de ínfimo débito.

Pois bem.

Atualmente, emerge na doutrina e na jurisprudência a “Teoria do Adimplemento Substancial”, derivada do Direito Inglês. Sua aplicação, no direito brasileiro, vem se realizando com base nos princípios da boa-fé objetiva e, principalmente, na vedação ao abuso de direito.

Segundo a Teoria do Adimplemento Substancial, quando a prestação for essencialmente cumprida presume-se que os interesses pretendidos pelo credor estão satisfeitos. Nessa situação, a resolução do contrato é afastada, caso haja parcela mínima da obrigação a ser cumprida.

Muito embora a teoria do Adimplemento Substancial tenha lugar no direito contratual, crê-se que ela possa ter aplicação no direito de família, em prol do executado, resguardadas as peculiaridades do caso concreto.

A teoria do Adimplemento Substancial examina, no caso concreto, o cumprimento da obrigação em seus pontos relevantes, essenciais. Não permite, por exemplo, a resolução do vínculo contratual se houver cumprimento significativo das obrigações assumidas, haja vista que se alcançou um adimplemento próximo do resultado ideal.

Nesse contexto, se ínfimo, insignificante ou irrisório o “descumprimento” diante do todo obrigacional, não há de se considerar descumprida a obrigação, contrariando, assim, os ideais de Justiça.

O Adimplemento Substancial permite que se dê ao caso concreto soluções razoáveis e sensatas, conforme suas peculiaridades.

Assim como no direito contratual a aplicação da referida teoria tem por desiderato impedir a resolução do contrato, na execução de alimentos obstar-se-ia a imposição da prisão civil ao executado. E em alguns casos, poderia fundamentar a extinção da ação executiva quando evidenciado que o executado não possui bens penhoráveis.

A recepção da “Teoria do Adimplemento Substancial”, no direito de família, e, especificamente, na execução de alimentos, está em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e terá o condão de privar o devedor de alimentos do cerceamento de sua liberdade em razão de dívida ínfima.

Atenderá, também, aos reclamos da razoável duração do processo.

Não se afigura, afinal, justo, seja o executado privado de sua liberdade em razão de tão pequena dívida.

O pedido de prisão civil, no curso da lide, depois de quitada parcela substancial da dívida alimentícia, consiste em um abuso de direito.

Enfim, referido entendimento não está, por certo, isento de críticas. Mas crê-se que a adoção da aludida teoria, no direito de família e, notadamente, na execução de alimentos que corre sob o rito do art. 733 da Lei processual civil, terá por fito resguardar os interesses das partes e, principalmente, a dignidade do executado.



sugestões de leitura

Obras Doutrinárias

- ARMELIN, Donaldo. Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.038 p.

O livro visa homenagear, com justiça, o eminente jurista, docente e advogado Ovídio Baptista por todos os seus anos de inestimável contribuição para a ciência do processo. Segundo palavras do Coordenador:

Esta obra coletiva em homenagem ao Professor Ovídio A. Baptista da Silva reúne trabalhos de juristas da nova geração de processualistas com os daqueles que figuram no restrito círculo dos formadores da doutrina nesse ramo do Direito. Nela, colaboram processualistas brasileiros e estrangeiros centrados no propósito de homenagear esse insigne jurista. A circunstância de a nova geração participar desta homenagem comprova que as ideias e posições adotadas pelo homenageado transcendem a sua geração, situando-se no patamar daquelas fundamentais para o processo civil brasileiro (p. 15).

Em suma, são 65 textos escritos pelos mais influentes juristas brasileiros e estrangeiros abordando as mais interessantes e atuais questões sobre o tema. Merece destaque o fato de que os artigos possuem alto nível de profundidade teórica, tornando a obra praticamente definitiva acerca das tutelas de urgência e cautelares.

Artigos

- SOUZA, Artur César de. **Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”**. Revista de Processo, nº 180, ano 35, São Paulo, Revista dos Tribunais, fev. 2010. p. 263-289.

O autor é juiz federal, Pós-Doutor pela Università Statale di Milano, pela Universidad de Valencia e pela UFSC. É ainda Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR e Mestre em Direito Negocial pela UFL. Por fim, é pesquisador da CAPES e Professor da Unopar.

Nesse interessante artigo, o autor propõe analisar casos concretos de aplicação pelos órgãos jurisdicionais do princípio da “parcialidade positiva do juiz”, seja no processo civil ou no processo penal.

Como muito bem sintetizado por Artur de Souza (2010):

O princípio da *parcialidade positiva do juiz* prescreve que o magistrado, na solução do caso concreto, reconheça as diferenças sociais, econômicas, culturais etc. das partes que compõem a relação jurídica processual, e aja de acordo com essas diferenças. Nos casos judiciais apresentados, observa-se que as decisões jurisdicionais, de certa forma, levaram em consideração a *racionalidade do ‘outro’* como forma de concretizar um processo *justo e equo*. Decisões em que prevalece a situação pessoal da parte, como, por exemplo, fatores *pro misero*, doença, classe social e raça, estão consubstanciadas efetivamente no princípio da *parcialidade positiva do juiz*. São exemplos paradigmáticos da humanização e solidariedade introduzidas no âmbito da relação jurídica processual, e que sugerem uma nova formação filosófica do magistrado, formação que, por meio de uma “parcialidade positiva”, perceba fatores individuais e pessoais da parte para concluir a prestação jurisdicional (p. 263-264).

jurisprudência

⚖️ **STJ, 2ª Turma.** *Diferenças pontuais entre desistência da ação, desistência de recurso e renúncia*

EMENTA: PROCESSO CIVIL - PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO FORMULADO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - DISTINÇÃO DOS INSTITUTOS: DESISTÊNCIA DA AÇÃO, DESISTÊNCIA DO RECURSO E RENÚNCIA. 1. A desistência da ação é instituto de natureza eminentemente processual, que possibilita a extinção do processo, sem julgamento do mérito, até a prolação da sentença. Após a citação, o pedido somente pode ser deferido com a anuência do réu ou, a critério do magistrado, se a parte contrária deixar de anuir sem motivo justificado. A demanda poderá ser proposta novamente e se existirem depósitos judiciais, estes poderão ser levantados pela parte autora. Antes da citação o autor somente responde pelas despesas processuais e, tendo sido a mesma efetuada, deve arcar com os honorários do advogado do réu. 2. A desistência do recurso, nos termos do art. 501 do CPC, independe da concordância do recorrido ou dos litisconsortes e somente pode ser formulada até o julgamento do recurso. Neste caso, há extinção do processo com julgamento do mérito, prevalecendo a decisão imediatamente anterior, inclusive no que diz respeito a custas e honorários advocatícios. 3. A renúncia é ato privativo do autor, que pode ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente da anuência da parte contrária, ensejando a extinção do feito com julgamento do mérito, o que impede a propositura de qualquer outra ação sobre o mesmo direito. É instituto de natureza material, cujos efeitos equivalem aos da improcedência da ação e, às avessas, ao reconhecimento do pedido pelo réu. Havendo depósitos judiciais, estes deverão ser convertidos em renda da União. O autor deve arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, a serem arbitrados de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC (“causas em que não houver condenação”). 4. Hipótese em que, apesar de formulado o pleito antes do julgamento da apelação pelo Tribunal, impossível a homologação do pedido de desistência da ação. 5. Recurso especial provido. (STJ, 2ª Turma, STJ - REsp nº 555139 / CE, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.05.2005).

⚖️ **STJ, 6ª Turma.** *Conflito entre duas coisas julgadas. Prevalência daquela que se formou por último*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. 1- Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória. 2- Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp nº 643998 / PE, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP), j. 15.12.2009).

⚖️ **TRF2, 6ª Turma Especializada.** *Contempt of court*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MILITAR - DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL – ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – MULTA – POSSIBILIDADE – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DO JUÍZO - EXÍGUO - MODIFICAÇÃO. 1 - O descumprimento de ordem judicial, que venha a criar empecilhos à realização dos provimentos judiciais constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se à sanção inscrita no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 2 - A norma introduziu no Brasil o instituto do *contempt of court*. Deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraço à sua efetivação, descumprindo o dever estatuído no CPC, art. 14, V, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contemp of court*). Essa infração pode ensejar reprimenda nas esferas civil, penal, administrativa e processual, além da multa fixada nos próprios autos onde ocorreu o *contempt*, valorada segundo a gravidade da infração e em montante não superior a vinte por cento do valor da causa. 3 – Não restando demonstrado que seu preposto não poderia dar cumprimento à decisão judicial, exemplificadamente, por não ter poder legal para tanto ou por ser a medida manifestamente irrazoável, é cabível a aplicação da sanção da norma do art. 14, parágrafo único, do CPC, que impõe às partes o dever de cumprir e fazer cumprir todos os provimentos de natureza mandamental, bem como não criar

empecilhos para que todos os provimentos judiciais, mandamentais ou não, de natureza provisória ou final sejam efetivados. 4- Sendo o prazo para cumprimento da determinação do juízo exíguo diante das invencíveis dificuldades operacionais e/ou materiais peculiares à Administração Pública, este deve ser modificado. 5- Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF2, 6ª Turma Especializada, AG nº 200802010142041, Rel. Des. Fed. Leopoldo Muylaert, DJ 14.11.2008).

 **TRF1, 1ª Seção.** *Cabimento de ação rescisória em sede de juizados especiais*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA PARA DESCONSTITUIR ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL. INCOMPETÊNCIA DESTES TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO. PRECEDENTES DA SEÇÃO E DO STJ. 1. Na esteira de precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, compete às turmas recursais integrantes de Juizado Especial Federal conhecer e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados ou de seus órgãos singulares. 2. Aos Tribunais Regionais Federais não foi reservado qualquer poder revisional das decisões dos Juizados Especiais Federais, bem como das Turmas Recursais, tendo em vista a inexistência de vinculação entre os Juizados Especiais Federais e a Justiça Federal comum. 3. Competência que se declina para a Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais (TRF1, 1ª Seção, AR nº 200801000499618, Rel. Des. Fed. Carlos Olavo, e-DJF1 19.10.2009)

 **TJMG, 11ª Câmara Cível.** *Responsabilidade civil de empresa prestadora de serviço de TV por assinatura. Instalação indevida*

EMENTA: INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EMPRESA DE TV A CABO E INTERNET - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REQUERIDA POR TERCEIROS - LANÇAMENTO INDEVIDO DO NOME DA TITULAR DO DOCUMENTO NO SPC - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Cabe à empresa prestadora de TV por assinatura o dever de averiguar os dados cadastrais fornecidos pelo contratante, já que tem responsabilidade objetiva pela prestação do serviço, impondo-se a indenização por danos morais pela negativação do nome da verdadeira titular dos dados nos órgãos de proteção ao crédito (TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0145.05.217467-2/001, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 05.04.2006, DJ 26.05.2006).

O TRIBUNAL DO JÚRI NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: TEMPOS DIFÍCEIS

Rodrigo Iennaco de Moraes

Promotor de Justiça/MG

Mestre em Ciências Penais/UFMG

Coordenador do site

www.direitopenalvirtual.com.br

*“E eles dizem que tudo
ainda vai mudar...
que os tempos difíceis irão acabar...”
(Celso Blues Boy)*

De acordo com a atual disciplina do CPP, aos sete jurados do Tribunal do Júri são formulados, com base na pronúncia, interrogatório e alegações, os seguintes quesitos: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; c) se o acusado deve ser absolvido; d) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; e) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena.

O CPP atual diz que a resposta *a alguns quesitos*, coincidente em número superior a três, encerra a votação. Essa dicção da lei tem levado os juízes, sob o argumento da interpretação sistemática dos artigos 483, § 1º, e 487, primeira parte, a afirmarem que a contagem dos votos se encerra no quarto quesito favorável a uma das partes. O que a esmagadora maioria dos intérpretes parece haver olvidado se encontra expresso no art. 488 e na redação original, depois substituída, do art. 489, durante a tramitação do projeto na respectiva Comissão de Constituição e Justiça.

O CPP diz que, negada materialidade ou autoria, absolve-se; afirmadas, quesita-se, ainda, se “o jurado absolve o acusado(?)”. Condenado, prossegue-se na votação.

O Projeto de Lei n. 4.203/01 (PL da Câmara, 20/07) que deu origem à Lei nº 11.689/08 (disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/12084.pdf> previa, que o art. 483 do CPP teria a seguinte redação:

“Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.
§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados,

a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.”

A redação foi mantida e, parece óbvio que a negação dos quesitos de materialidade (I) ou autoria (II) conduz à absolvição, tal qual a afirmação do quesito absolutório genérico (III). Para nós, *a lei diz que “encerra a votação” porque não se questionam os quesitos sucessivos.*

Ocorre que o art. 487 do CPP, em homenagem ao próprio sigilo dos votos, manda que o oficial de justiça recolha, em urna separada, também as cédulas não utilizadas; o art. 488, por sua vez, manda que após a votação, os votos sejam verificados, assim também as cédulas não utilizadas (descartes), devendo constar do termo a votação de cada quesito, o resultado do julgamento e a conferência das cédulas não utilizadas. Ora, *como seria possível verificar os votos, conferir os descartes e consignar o resultado do julgamento se não se abrissem as cédulas após atingir-se resultado superior a três?*

E não é só! No projeto original, o art. 489 do CPP teria a seguinte redação:

“Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas sempre por maioria e a resposta coincidente de mais de 3 (três) jurados a qualquer quesito encerra a contagem dos votos referentes a ele.”

Já na redação aprovada, após alterações em comissão congressista, o CPP dispõe:

“Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.”

E mais: na exposição de motivos que alterou o projeto, afirmou-se expressamente que não deveria ser “encerrada a contagem” (hipótese diversa do “encerramento da votação”) em homenagem à publicidade do resultado do julgamento! Parece estar havendo confusão entre votação e apuração (contagem) dos votos!

Pois bem... Surge agora a proposta de um novo Código de Processo Penal – que se anuncia como inevitável – e o procedimento do Tribunal do Júri será modificado, mais uma vez.

No projeto de novo CPP, os quesitos que versam sobre materialidade e autoria serão suprimidos, concentrando-se sua votação, diretamente, no quesito absolutório genérico. Quando houver tese desclassificatória para crime de competência da justiça comum, será formulado quesito preliminar a respeito, pondo fim, desse modo, à celeuma criada com a expressão “conforme o caso”, que o remetia para antes ou depois do quesito absolutório, sem nenhum critério técnico inexorável.

A questão do sigilo dos veredictos será agora expressa, ou seja, o projeto de código diz que respondido positivamente

o primeiro quesito (se deve o acusado ser absolvido) por quatro jurados, o juiz “encerrará a votação” e, noutro dispositivo deixa claro que “resolvido o quesito, encerra-se a sua apuração, sem a abertura das cédulas restantes”. É justamente o que fizera originalmente o projeto que resultou na Lei 11.689, depois alterado. O incrível é que permanece a determinação de que o oficial de justiça recolha votos e descartes e urnas separadas e verifique ambos, registrando no termo a votação de cada quesito, o resultado do julgamento e a conferência das cédulas não utilizadas. É uma contradição que a lei não resolve!

A incomunicabilidade dos jurados será profundamente mitigada, com resultados imprevisíveis. É que os jurados “não poderão se comunicar com terceiros enquanto durar o julgamento” mas, “entre si” a incomunicabilidade se restringe “a instrução e os debates”. Isso porque, esclarecidos os quesitos e dissipadas as dúvidas, os jurados (e somente os jurados) “deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação”. Após debaterem, entre si, a respeito da votação, realiza-se então o julgamento “sigiloso”, da forma como o concebemos atualmente. A seleção e recusa de jurados ganhará, sem dúvida, novo contorno; e o sigilo dos votos, que se quer tanto preservar, dependerá da capacidade dos jurados de guardar segredo após a deliberação, acerca das manifestações dos demais...

Ao contrário do que se propala por aí, a simples leitura do Projeto (156/2009), já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, permite-nos antever que novos obstáculos serão apresentados àqueles que pretenderem interpretar os instrumentos procedimentais em favor da celeridade do processo e da tutela penal eficaz.

A restrição ao conteúdo do debate no plenário (que já se afirmara em relação ao uso de algemas, silêncio do acusado e autoridade da pronúncia) agora atinge seu ápice diante da expressa vedação de referência, sob pena de nulidade, aos depoimentos prestados na fase da investigação criminal!

Uns dirão: “o que resta é chorar” (Rodrigo Amarante, *vento, los hermanos*). “Eu pego a guitarra e começo a tocar, porque chorar não vale mais a pena...” (Celso Blues Boy, *tempos difíceis*).

INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA IN ABSTRACTO NOS ATOS INFRACIONAIS E A NATURAL DESCONSIDERAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL PARADIGMA

Juliano Silva do Lago

Advogado e Conciliador da Central de Conciliação de Direito de Família da Comarca de Poço Fundo-MG

A princípio, destaca-se que a prescrição tratada no presente estudo é aquela *in abstracto*, pois a prescrição *in concreto* deve ser objeto de análise em momento posterior à aplicação da medida socioeducativa, regulando-se pela natureza e quantidade da medida sobreposta ao menor infrator, dispensando maiores digressões doutrinárias.

Hodiernamente, é cediço entre os juristas a viabilidade de aplicação do fenômeno da prescrição socioeducativa aos atos infracionais. No entanto, dessa perspectiva surge uma polêmica acerca do paradigma para a contagem dos prazos prescricionais, eis que, para a consideração de atos infracionais, aproveita-se, a rigor, apenas o preceito primário do tipo penal extirpando de qualquer análise o tipo secundário, afeto apenas aos maiores de 18 (dezoito) anos.

A despeito disso, muitos juristas entendem por bem aplicar ao ato infracional o prazo prescricional inerente ao tipo penal de que é análogo, considerando para tanto o preceito secundário, ou seja, a pena *in abstracto* prevista para o tipo penal. Dessa forma, não se sopesa para fins de prescrição qualquer medida socioeducativa a ser aplicada, mas tão-somente a pena (preceito secundário) do tipo penal análogo ao ato infracional praticado.

Data maxima venia, tal postura soa equivocada e carece de precisão técnica, porquanto vai na contramão da impossibilidade de consideração e aplicação de qualquer tipo de pena ao menor infrator que, inimputável por presunção absoluta de lei, jamais pode praticar qualquer modalidade criminosa.

Com efeito, a função da medida socioeducativa é bastante diversificada da pena, já que esta é eminentemente voltada a reeducação e prevenção da prática de novos crimes ao indivíduo adulto, isto porque ele é presumidamente apto a compreender o caráter ilícito de suas atitudes. Por outra vertente, a medida socioeducativa visa corrigir o transtorno presente no psiquismo do menor infrator, trazendo preceitos éticos, morais, educacionais e sociais, todos dirigidos para uma pessoa com caráter ainda em formação. É neste pilar mestre que se fulcra o tratamento diferenciado entre o menor infrator e o criminoso convencional, plenamente imputável.

Na esteira do entendimento perfilhado, fundamentado está o afastamento da aplicação de pena para a prática de atos infracionais, razão pela qual entendeu por bem o Poder Legiferante aproveitar os preceitos primários dos crimes previstos no Código Penal

e demais leis especiais, afastando, por imperiosidade, o preceito secundário, ou seja, a penalidade prevista pelo crime praticado.

A aplicação de punição por ato infracional, conforme previsão expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 121, § 3º) pode variar *in abstracto* de simples advertência até a internação do menor por 03 (três) anos, medida reservada para os casos mais graves, seja do ato em si ou da personalidade do menor. Conforme se extrai do exposto, a consequência jurídica ao menor que pratica ato infracional é deveras diversificada de punição. Trata-se unicamente de medida educativa, justificando, pois, a necessidade de tratamento específico, sobretudo no que se refere à prescrição.

Feita essa perfunctória digressão doutrinária, volta-se ao tema chave, qual seja a aplicação da prescrição aos atos infracionais.

Pois bem. Resta clarividente a antinomia existente entre os atos infracionais e crimes no que se refere à sua consequência jurídica e natureza, o que gera incoerência na utilização do preceito secundário do crime para aferir a prescrição *in abstracto* do ato infracional. Logicamente, estando execrada a pena para os menores de 18 (dezoito) anos, impossibilitada está sua utilização para a contagem de prazo prescricional. Trata-se de medida incoerente e que utiliza preceitos expressamente afastados por lei.

Notadamente, tem o Superior Tribunal de Justiça se posicionado favoravelmente à aplicação da prescrição no âmbito dos atos infracionais, conforme se confere pelo teor do enunciado da Súmula 338, originária dessa colenda instância julgadora. No entanto, ao interpretar o enunciado da referida Súmula, vislumbra-se que em momento algum se constata indicativos de que o preceito secundário do tipo penal paradigma deve ser considerado para fins prescricionais do ato infracional.

Ora, tal interpretação, *concessa venia*, é extensiva e tendenciosamente desvirtua a real iniciativa da súmula 338, eis que o prazo prescricional é salutar, porém, a contagem deste prazo deve levar em consideração a medida socioeducativa aplicada na casuística ou a que potencialmente pode vir a sê-la. Não há razoabilidade na desconsideração da pena para determinada finalidade e sua acolhida para outra.

Ademais, impende ressaltar que há previsão de medida socioeducativa a ser aplicada ao menor infrator, sendo natural que o prazo prescricional, consoante disposição dos artigos 109 e 110, ambos do Código Penal, leve em consideração a medida prevista especificamente pelo ato infracional, desconsiderando a pena aplicada. Frise-se novamente que, sendo a pena estranha aos atos infracionais, sua consideração para fins de aplicação da prescrição nas medidas socioeducativas é incoerente e deturpa o real significado da Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça.

Exemplificando, observa-se que abstratamente pode ser aplicada ao menor infrator medida socioeducativa de

internação por até três anos, que, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal, estaria prescrita em 08 (oito) anos. Notadamente, deve ser aplicada ainda, em analogia, a redução pela metade do prazo prescricional prevista no art. 115, do Código Penal, razão pela qual a prescrição final se daria em 04 (quatro) anos.

Deflui de maneira ineludível que, assim agindo, estará o jurista respeitando o direito do menor infrator em se reeducar dignamente, preservando a coerência e a pacífica convivência entre os dispositivos presentes no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem aplicação de qualquer fator relacionado à pena, mas somente o concernente às medidas socioeducativas.

O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DIREITO AO CONTRADITÓRIO EM HABEAS CORPUS

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça - SC

1. Introdução

Na classificação mais moderna, o *habeas corpus* é considerado “ação constitucional”. Se é ação, todas as implicações deste conceito devem ser reconhecidas e aplicadas na prática. Uma delas, a que importa para esta tese, é a garantia de contraditório.

Não se compreende porque os tribunais do país ainda não atentaram para este pequeno grande detalhe. Na verdade, até se compreende, dada a inexistência de controles mais eficazes sobre a atividade do Ministério Público ou sobre a eficiência na atuação dos promotores. Diferentemente de outros países, em que órgãos como este prestam contas não apenas quantitativas, mas também qualitativas à sociedade, o Ministério Público brasileiro não vê como séria a necessidade de instituição de uma política de eficiência em suas funções. Daí porque não atentam as corregedorias para aspectos como a relação entre pedidos de condenação em alegações finais, sentenças de absolvição e recursos. O mesmo se diga em relação ao *habeas corpus*.

Não se pretende, é óbvio, provocar a criação de uma política institucional de mérito pelo número de condenações. Mas, é mais óbvio ainda, se o Ministério Público requer a condenação e não a obtém. De três opções, devemos escolher apenas uma: ou pediu errado a condenação, ou se omitiu na formulação de recurso, ou, o que é menos provável, diante da argumentação do juiz acabou convencido, o que pressupõe novamente que não analisou com cuidado o caso quando pediu a condenação. Essa providência estimularia até mesmo uma maior *responsabilidade* nas conclusões das alegações finais e formulação da denúncia.

Pois bem. Se o contraditório é garantia dada a todos “os litigantes”, conforme prevê expressamente o texto constitucional, quando o litigante for o Ministério Público,

ou mesmo o acusador particular, deverá também ser resguardada esta garantia.

A tese implica analisar os seguintes fatores: a) como está disciplinado o processo de *habeas corpus*; b) quais as correções necessárias diante da Constituição da República de 1988; c) qual o papel do Ministério Público em segundo grau (procuradorias de justiça); d) ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório; e) quais as implicações do desrespeito à garantia do contraditório em relação ao Ministério Público; f) sugestões práticas e conclusões.

2. O processo de *habeas corpus*

Apesar da extensão do capítulo destinado ao “*habeas corpus* e seu processo” no Código de Processo Penal, poucos dispositivos referem-se especificamente ao procedimento. Relega-se aos tribunais de justiça a expedição de “normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária” (art. 666).

Em relação aos *habeas corpus* de competência originária dos tribunais de justiça, o que é evidentemente a situação mais comum, determina o Código de Processo Penal que “a petição de *habeas corpus* será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se”.

É nítida a intenção de dar ao procedimento o caráter mais célere possível. Tanto é que, se alguma das câmaras criminais estiver reunida no momento da distribuição da ação, deverá o secretário apresentá-la diretamente ao presidente da câmara. Sabe-se perfeitamente bem, contudo, que diante da avalanche de processos nos tribunais brasileiros tal prática hoje é impossível. Fica o registro, todavia, apenas para deixar clara a postura pela celeridade, que será adiante discutida.

Na seqüência, determina o Código de Processo Penal que o presidente da câmara (na prática atual, o relator) poderá requisitar da autoridade coatora informações por escrito (art. 662) e que, tão logo apresentadas as informações (ou quando dispensadas), “o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte”.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, o regimento interno não contém maiores regras. Prevê apenas a possibilidade de requisição de informações à autoridade e o poder de avocar os autos quando “indispensável à instrução do feito”. Nada menciona sobre a manifestação do Ministério Público. Na prática do TJSC, porém, o Ministério Público é ouvido na qualidade de *custos legis*, por uma das procuradorias criminais.

No Supremo Tribunal Federal o regimento interno prevê que, depois de “instruído o processo”, será ouvido o Procurador-Geral da República em dois dias (art. 192, §1º). No Superior Tribunal de Justiça, também há previsão para que, depois de “instruído o processo”, seja “ouvido o Ministério Público”, que, neste caso, é representado pelo Subprocurador-Geral da República (art. 202).

É interessante notar que no Projeto de Novo Código de Processo Penal, apresentado ao Senado por comissão de juristas especialmente formada para a matéria em abril de 2009[1], consta que o Ministério Público (que no caso é a Procuradoria de Justiça, ou seja, segundo grau), terá vista dos autos por cinco dias (art. 646).

Apenas a título de comparação, na legislação argentina sobre *habeas corpus* é prevista a notificação escrita ou oral do Ministério Público, que “terá no procedimento todos os direitos outorgados aos demais intervenientes” e a quem se garante o direito de “apresentar os pedidos que crer convenientes e recorrer da decisão qualquer que seja seu sentido”[2].

Como se vê, no Direito Processual Penal brasileiro não há previsão de intimação do Ministério Público, de primeiro ou de segundo grau, para resposta ao pedido formulado na ação constitucional de *habeas corpus*. Limitam-se os regimentos e o próprio Projeto de Novo Código de Processo Penal a colher a manifestação do Ministério Público em segundo grau, ou seja, do órgão que não é considerado “litigante” no processo judicial em que ocorre a suposta coação que fundamenta o *habeas corpus*. Colhe-se apenas a posição do *custos legis*, que via de regra e salvo excepcionalíssima situação, não tem conhecimento direto das provas produzidas e está afastado muitas vezes mais de mil quilômetros do local dos fatos, dadas as dimensões territoriais do Brasil.

3. Correções necessárias

Como todo processo, o processo de *habeas corpus* deve se pautar não apenas pelas regras legais vigentes, mas também pelas normas constitucionais aplicáveis.

A Constituição da República de 1988 previu expressamente como direito de todo litigante, seja pessoa física ou jurídica, seja instituição pública ou privada, seja o Ministério Público ou o réu, o direito ao contraditório: “Aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

Trata-se do princípio da *audiência bilateral*, muito bem sintetizado por Antônio, Ada e Cândido da seguinte forma: “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas: *ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra*; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente

pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético”[3].

Prosseguem os autores informando que “decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”[4].

Esta norma constitucional, portanto, deve permear todo e qualquer processo, inclusive o processo de *habeas corpus*. O Código de Processo Penal, na omissão, é inconstitucional por negar a um dos litigantes esta garantia processual. Os regimentos internos igualmente. Deverão todos, portanto, ser atualizados, sob pena de tornarem-se nulas as decisões assim proferidas.

4. Papel do Ministério Público em segundo grau

A função das procuradorias de justiça criminais em segundo grau de jurisdição inverte-se em relação à das promotorias de justiça criminais. Ao passo que estas são em regra parte nos processos, e só excepcionalmente atuam como *custos legis*, as procuradorias são em regra *custos legis*, é só excepcionalmente atuam como parte.

Pode-se dizer, portanto, que a função das procuradorias não é de *parte processual* no sentido estrito, ou seja, de quem pede ou requer algo ao tribunal; a função das procuradorias é de fiscal da lei, de parecerista, de auxiliar do órgão julgador de segundo grau. Salvo os casos específicos em que atua como parte em sentido estrito (por exemplo, na ação penal de competência originária dos tribunais), portanto, as procuradorias de justiça não têm função agente.

Apenas para exemplificar, pode-se citar o exemplo do processo nas ações de revisão criminal, em que o próprio Código de Processo Penal determina a abertura de “vista dos autos ao procurador-geral, que dará *parecer* no prazo de dez dias” (art. 625, §5º). Ora, se remete para “parecer”, remete para que seja emitida uma posição imparcial sobre o caso em julgamento. E, se a função é dar “parecer”, está evidente que não se trata de parte, já que parte não “dá parecer”, mas “requer” o que entender de direito.

Ainda exemplificando, nos recursos cíveis em geral, como os agravos de instrumento e apelações, o Ministério Público, quando é parte recorrida, é instado a se manifestar pelo membro de primeiro grau. O membro de segundo grau, ainda assim, é novamente instado a se manifestar, mas desta vez como mero fiscal da lei. Nos recursos criminais em geral também ocorre assim: no recurso em sentido estrito, na apelação, no agravo em execução, em todos estes recursos o promotor de justiça (primeiro grau) é quem se manifesta como parte. O procurador exerce a função de *custos legis*. Nem poderia ser diferente, já que o conhecimento da causa é sempre mais profundo no primeiro grau.

Na atualidade, em que a sobrecarga de trabalho das promotorias de justiça afeta negativamente as funções

institucionais do Ministério Público (art. 129), vem-se paulatinamente discutindo e negando razoabilidade para a manutenção de tamanha estrutura no segundo grau do Ministério Público. Sem acesso às informações completas do caso, sem contato direto com os envolvidos, sem a percepção da realidade da comarca, o Ministério Público em segundo grau acaba se tornando mero opinador sobre o que lhe é apresentado pela parte. E, no caso dos *habeas corpus*, pior ainda, opina à vista do que lhe é apresentado justamente por aquele contra quem litiga o Ministério Público: o acusado. O Ministério Público em segundo grau, assim, acaba tendo de se posicionar apenas diante da versão e documentos apresentados pela parte interessada em ver deferido o *habeas corpus*, situação evidentemente prejudicial à acusação.

Questão interessante que surge neste momento é a da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, princípios previstos expressamente no §1º do art. 129 da Constituição da República. Por unidade, entende-se que os membros do Ministério Público, sejam de primeiro ou de segundo grau, integram um só órgão sob a direção única do Procurador-Geral. Ressalva-se, é claro, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, já que entre os diversos ramos do Ministério Público (Estadual, Federal, do Trabalho, Militar) há unidades autônomas. Além disso, se é indivisível, não há vinculação aos membros em relação aos processos em que atuam. Podem ser substituídos e sucedidos por outros membros, inclusive pelo segundo grau, sem que haja, no plano exclusivamente jurídico, maiores problemas[5].

De fato, se o Ministério Público é uno e indivisível, tanto faz, nesta bela teoria, falar no segundo grau o promotor ou o procurador de justiça. Qualquer dos membros é Ministério Público e, assim, pode-se objetar, estaria atendido o princípio da audiência bilateral, que para garantir o contraditório exige que a parte contrária seja ouvida pelo juiz.

Já se desenvolveu, em linhas acima, o argumento de que esta posição afeta negativamente o trabalho do Ministério Público. Com a audiência de um membro que está distante, por vezes mais de mil quilômetros, do local dos fatos, e que não mantém contato com os membros que atuaram no caso, e, pior ainda, que se contenta apenas com os documentos apresentados pela parte, não há dúvidas de que fatalmente corre sério risco a persecução penal promovida pelo próprio Ministério Público. Na verdade, o que ocorre é a falta de respeito material à garantia do contraditório. Formalmente pode até estar lá, mas na essência, não há verdadeiro contraditório.

Não é de se espantar, portanto, o número elevado de *habeas corpus* deferidos à vista das informações nos autos. Nem se diga que as “informações” são prestadas pelo juiz da causa, já que sua função, além da imparcialidade que deve manter, é meramente de relatar o caso do ponto de vista processual.

Apenas para exemplificar, imagine-se o pedido de *habeas corpus* instruído com a denúncia e depoimentos do

auto de prisão em flagrante, que peça a liberdade provisória de preso por furto qualificado. Omite o impetrante os documentos que atestam a reincidência. O Ministério Público em segundo grau não tem esses documentos – embora tenha condições de obtê-los. O tribunal, como qualquer juiz, atuará de acordo com o princípio dispositivo e não diligenciará para buscar os documentos. Haverá grande probabilidade de concessão da ordem de soltura, já que, ao que “tudo” o que está no processo leva a crer, terá o preso direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, portanto, não se justificaria a prisão cautelar. A reincidência, como se sabe, impede este direito.

Em segundo lugar, diga-se que, ao passo que ocorre esta verdadeira e estante divisão no trabalho do Ministério Público (que deveria ser indivisível), os advogados acompanham os casos desde a Delegacia de Polícia até o Supremo Tribunal Federal, quando preciso. O *mesmo* advogado acompanha, melhor dizendo. Trabalha, assim, com todas as informações, em todos os momentos processuais, inclusive aquelas muitas, inúmeras informações, que não são registradas no processo. Desde uma pergunta não consignada no interrogatório por aparentar inicialmente impertinência até mesmo uma expressão de rosto, um comportamento, tudo isso é perdido pela divisão do trabalho no Ministério Público e é, por outro lado, aproveitado pelos advogados.

Enfim, o que se pretende deixar claro é que além da supressão material do contraditório que ocorre pela falta de audiência do Ministério Público em primeiro grau, como ocorre com os agravos de instrumento, com as apelações, com os recursos em sentido estrito e agravos em execução, a inabilidade do próprio Ministério Público em exercer sua indivisibilidade traz prejuízos maiores ainda à persecução criminal pela falta de contraditório em *habeas corpus*.

5. Ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório

Argumento de interessante análise é aquele que faz preponderar o valor *celeridade* sobre o valor *contraditório* nos processos de *habeas corpus*. Alega-se que, em se tratando de direito máximo a liberdade, deverá o processo tramitar o mais rapidamente possível, para evitar que, em caso de efetiva lesão ao direito da parte, possa haver maior prejuízo.

É preciso, todavia, levar os direitos a sério. Se a argumentação é livre, o convencimento não precisa ser. Aliás, nem mesmo a argumentação deveria ser tão livre assim quando se trata de processos judiciais, de direitos postos em julgamento, já que um dos princípios a nortear a atuação dos atores destes processos deve ser o da *responsabilidade*.

Em primeiro lugar, não há disposição legal, constitucional ou mesmo internacional que classifique o direito à liberdade como “direito máximo”, como direito a ser buscado de qualquer forma e sob qualquer pretexto. Nem mesmo nos mais recentes estudos jurídicos se observa tal espécie de classificação. Se há algum direito, algum interesse,

que atualmente se possa classificar de máximo, de basilar, de estar no topo do sistema jurídico, este direito é o da *dignidade humana*, mas não o direito à liberdade.

E isto é de suma importância para esta tese, porque a dignidade humana é alcançada de diversas formas e, não raras vezes, até mesmo pelo cerceamento da liberdade de quem pratica crimes. Para se viver em sociedade de modo digno é preciso coibir certas condutas, que, por exemplo, retiram a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra dos seres humanos. Por vezes, é claro, para resguardar o valor dignidade será necessário conferir liberdade a quem se encontre preso. Tudo, evidentemente, a depender da situação concreta. O valor *dignidade*, portanto, tem esta característica proteiforme[6], tem esta característica de se amoldar aos casos concretos para permitir a máxima eficácia deste direito fundamental (dignidade) em cada caso.

A celeridade do *habeas corpus*, assim, não pode ter como fundamento um direito *máximo* de liberdade justamente porque este direito à liberdade não é máximo no sistema jurídico brasileiro nem, muito provavelmente, em qualquer outro. Este valor tem peso na ponderação a ser feita tão grande quanto os outros direitos, dentre eles o próprio direito ao contraditório[7].

Aliás, quando o ato que se esteja combatendo pela via do *habeas corpus* for ato judicial, como ocorre na maior parte dos casos, entra em cena outro valor a retirar aquela carga que poderia potencializar o valor celeridade. É que, como já se trata de ato judicial, a natural presunção é de veracidade dos fatos e acerto nos fundamentos da decisão. No ordenamento brasileiro, não há previsão neste sentido, ao contrário de outros países[8], mas a jurisprudência vem reconhecendo o princípio da confiança no juiz[9].

Vale sempre lembrar, por fim, que a celeridade, apesar de ter assento recente no rol de direitos e garantias fundamentais (Art. 5º, LXXVIII, incluído em 2004), postase ao lado daquela que é uma das garantias mais antigas garantias processuais, prevista já deste os tempos romanos, como lembra Ovídio Baptista da Silva ao tratar do que chama de princípio de bilateralidade da audiência[10]. Se assim é, não pode a celeridade receber, *a priori*, valor maior que o contraditório.

Não é demais lembrar que na praxe forense dos tribunais brasileiros o argumento em prol da celeridade, além de tudo, é paradoxal. Ao passo que se nega o contraditório ao Ministério Público, ou seja, ao Ministério Público de primeiro grau, ao fundamento de que “não há previsão legal”, remetem-se os autos para manifestação da Procuradoria de Justiça Criminal, providência que igualmente, como se viu, não está prevista no Código de Processo Penal ou no regimento interno dos tribunais estaduais, mas apenas nos regimentos dos tribunais superiores.

Penal

6. Implicações do desrespeito à garantia do contraditório

Garantias processuais implicam sempre responsabilidades processuais. Com a garantia do contraditório não é diferente. Negada pelos tribunais, estará violado o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. E, como se trata de nulidade absoluta, deve ser decretada em qualquer instância e a qualquer tempo.

O próprio Código de Processo Penal comina a nulidade pela falta de “intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública”. Como a ação constitucional de *habeas corpus* funciona na prática como ação de impugnação de decisão judicial em ação penal, não pode ser simplesmente desconsiderada a manifestação do Ministério Público neste “termo” da ação penal que foi por ele intentada.

Note-se que quando o mandado de segurança é utilizado como ação de impugnação de decisão judicial a parte que tiver *interesse processual* no objeto do mandado de segurança deve ser citada para responder o pedido. Não basta que a autoridade impetrada apresente informações. Na área penal, em específico, o Ministério Público deve requerer a citação do réu para contestar, conforme Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de nulidade: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

Ora, se o direito ao contraditório em favor do réu em mandado de segurança, quando não se prevê este direito na legislação, é reconhecido inclusive por súmula do Supremo Tribunal Federal, por que o mesmo direito não é garantido ao Ministério Público em outra ação de cunho idêntico (impugnação a uma decisão judicial) como o *habeas corpus*? Evidentemente que deve assim ser, sob pena de nulidade, a mesma sanção cominada pelo descumprimento da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

7. Sugestões práticas e conclusão objetiva

A primeira providência a adotar se pretende o Ministério Público ver garantido o direito material (e não apenas formal) ao contraditório em *habeas corpus* é simplesmente requerer isso ao tribunal de justiça. Assim que o promotor tomar conhecimento da impetração, normalmente por vista dos autos depois da prestação de informações pelo magistrado, pode o membro do Ministério Público em primeiro grau peticionar diretamente ao tribunal postulando que lhe seja reconhecido o direito ao contraditório. Neste momento, aliás, já poderá apresentar suas razões, já que normalmente terá à sua vista, no processo principal, a petição inicial da ação de *habeas corpus* proposta.

A segunda providência é passarem a requerer às procuradorias de justiça a intimação do Ministério Público em primeiro grau para manifestação, sob pena de nulidade pela

desobediência ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Poderão, ainda assim, solicitar, inclusive por *e-mail* ou por telefone, informações diretas ao colega de primeiro grau sobre o caso. Nas sessões das câmaras que acompanharem, poderão os procuradores igualmente suscitar a nulidade.

A terceira providência é munir os órgãos dotados da legitimação para recursos aos tribunais superiores (no Ministério Público de Santa Catarina existe a Coordenadoria de Recursos), para que impugnem pela via do recurso extraordinário decisões em *habeas corpus* proferidas sem a audiência do Ministério Público em primeiro grau. É claro que só terá chances de sucesso o recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, se houver sido suscitada anteriormente a necessidade de contraditório.

A quarta providência é propor o Procurador-Geral de Justiça a reforma do regimento interno do tribunal para incluir disposição expressa determinando a intimação do Ministério Público de primeiro grau, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, para se manifestar, querendo.

A quinta providência, mas igualmente ou até mais relevante, exige a adoção de postura semelhante à adotada pelos melhores escritórios de advocacia do país. O convencimento pessoal, ou seja, a apresentação da tese não apenas em processos judiciais isolados, mas em simpósios destinados a magistrados, em intervalos de sessões em fóruns e tribunais e até mesmo em gabinete, por comissão especialmente designada para este fim.

Quanto a esta última providência, já se presume haver leitores contrariados. Infelizmente ainda é difícil ao Ministério Público adotar a mesma postura eficaz que há séculos vêm adotando os escritórios de advocacia. Não é por outra razão que as teses em prol da ampla defesa, dos delitos de bagatela, do direito penal mínimo vêm ganhando corpo nos tribunais. Pudera, para o Ministério Público basta-lhe o conforto de agir como agia há duzentos anos, somente na burocracia da folha de papel, nos processos, conformado com sua pouca efetividade.

Enfim, o que se pretende defender nesta tese é simplesmente a equiparação de armas, a equiparação de forças, a bilateralidade da audiência que deve nortear qualquer decisão judicial. Sem uma postura isonômica do Ministério Público perante o Judiciário, esforços isolados continuarão a encontrar resistência nos tribunais de todo o país, ao contrário da recepção que têm as causas, por mais mirabolantes que sejam, levadas à mesa dos magistrados pelos competentes escritórios de advocacia.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

Notas:

[1] Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>, acesso em 29 de setembro de 2009.

[2] Art. 21 da Lei nº 23.098, de 28 de setembro de 1984: Art. 21.- Intervención del Ministerio Público. Presentada la denuncia se notificará al Ministerio Público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quien tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella. Disponível em http://www.fabiandiplacido.com.ar/leyes/ley_23098.pdf, acesso em 29 de setembro de 2009.

[3] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 55.

[4] Idem, p. 56.

[5] Vide, por exemplo, MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 1628.

[6] Na mitologia grega Proteu era um filho de titãs que mudava frequentemente de forma. Proteiforme, hoje dicionarizado, é adjetivo que indica o que “muda de forma com frequência”. Aurélio Eletrônico, versão 2.0.

[7] Pelas regras da ponderação nas colisões de direitos fundamentais, recorde-se notadamente do subprincípio da necessidade, que determina só poder ocorrer restrição a direitos fundamentais (como o direito ao contraditório), quando não haja forma menos restritiva de tutelar os direitos em jogo. BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

[8] “*In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall*

have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence”. Tradução livre: “No procedimento de habeas corpus movido por pessoa presa mediante julgamento de uma corte estadual, os fundamentos de fatos invocados pela corte do Estado devem-se presumir corretos. O requerente tem o ônus de ilidir a presunção de correção mediante provas claras e convincentes”. (28 U.S.C. § 2254, e, 1, : US Code - Section 2254: State custody; remedies in Federal courts. Disponível em <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/VI/153/2254>, em 30 de setembro de 2009).

[9] HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §1º) - EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA - DOCUMENTOS NÃO ANEXADOS AO PRESENTE WRIT - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA - PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 90 DIAS - RAZOABILIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO - SEGREGAÇÃO MANTIDA. I - Na hipótese de inexistir nos autos a documentação necessária para avaliar a manutenção do decreto preventivo, deve-se sopesar o princípio da confiança do juiz da causa, haja vista que, em se encontrando mais próximo das provas e das pessoas envolvidas no delito, detém melhores condições de avaliar a respeito da existência, ou não, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Habeas Corpus n. 2009.035923-0, de Itajaí. Relator: Salete Silva Sommariva, j. 15/09/2009

[10] SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 55-56.

sugestões de leitura

Obras Doutrinárias

- CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos Ecológicos – A lei ambiental comentada artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Como o próprio nome indica, trata-se de uma didática obra comentando-se, em sua integralidade, a Lei 9.605/98, especialmente quanto aos aspectos penais materiais e processuais presentes nessa legislação. Como asseverou Julio Fabbrini Mirabete na Apresentação ao trabalho:

A obra propõe-se, com sucesso, a um exame acurado sobre as normas tipificadoras penais e as demais matérias correlatas da Lei Ambiental, após exaustiva pesquisa da doutrina e legislação alienígenas. Os comentários de cada um dos artigos facilitam a consulta dos interessados e a precisão dos conceitos, bem como a fundamentação das opiniões do autor, dão aos trabalhadores do Direito a segurança necessária para a defesa das teses a serem defendidas nos juízos e tribunais do país (*extraído da Apresentação*).

E, ainda, segundo aduziu José Henrique Pierangeli:

Além disso, o estudo do professor francano apresenta-se perfeitamente sistematizado, e, ao examinar os aspectos penais da nova lei ambiental mediante comentários artigo por artigo, enseja melhor compreensão dos princípios que a regem e possibilita fácil consulta ao estudioso da matéria. Em cada comentário, a cada uma das figuras penais que a lei apresenta, vislumbramos no livro sensível preocupação, em graus bem diversificados, em relação ao meio ambiente e à sorte de cada um de nós, que ainda não se encontra suficientemente difundida, num mundo futuro não muito distante (*extraído do Prefácio*).

Artigos

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **A inconstitucionalidade da nova tipificação de “sequestro relâmpago”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais., nº 82, ano 18 São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./fev. de 2010, pp. 07-23.

O notável penalista brasileiro Cezar Bitencourt defende neste artigo a inconstitucionalidade do chamado sequestro relâmpago por violar o princípio da proporcionalidade ao exasperar exageradamente a sanção penal correspondente, se comparado com as penas cominadas abstratamente aos crimes de roubo e extorsão.

O texto se destaca pela abordagem teórica de grande eloquência, em um estudo analítico entre os tipos usados como paradigma, e por uma abordagem diferenciada sobre o princípio da proporcionalidade no nosso atual modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito.

jurisprudência

 **TJMG, 3ª Câmara Criminal. Anotações sobre atos infracionais pretéritos. Caracterização de maus antecedentes. Impossibilidade**

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DOSIMETRIA DA REPRIMENDA - CONSIDERAÇÃO EQUIVOCADA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - PROCESSOS EM ANDAMENTO QUE NÃO SERVEM PARA CONFIGURAR ANTECEDENTES - AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO CRIME - MOTIVO DO CRIME TAMBÉM CONSIDERADO COMO MÁ PERSONALIDADE - ATENUANTE - PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Processos e inquéritos em andamento não servem para configurar maus antecedentes, porquanto ainda não se tem um título executivo judicial definitivo. 2. Antes da maioridade penal, os atos infracionais cometidos pelo réu não podem ser considerados para macular antecedentes ou conduta social. 3. Na fixação da pena-base não pode o Magistrado utilizar afirmações genéricas e elementos inerentes ao próprio crime para agravar a situação do

condenado. 4. A dupla consideração de um mesmo fato para circunstâncias judiciais diversas constitui odioso 'bis in idem', repudiado pela doutrina e jurisprudência. 5. Ainda que reconhecida atenuante, esta não tem o condão de levar a pena aquém do mínimo legal. 6. Deram provimento ao recurso para reestruturar a pena do réu. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0625.07.074840-9/001, Rel. Des. Jane Silva, j. 24.03.2009, DJ 24.04.2009).

 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Anotações sobre atos infracionais pretéritos. Caracterização de maus antecedentes. Possibilidade*

EMENTA: TRÁFICO - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA - ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - APONTAMENTOS DE ATOS INFRACIONAIS E PROCESSO CRIMINAL EM CURSO - MAUS ANTECEDENTES. A existência de diversos apontamentos por atos infracionais praticados pelo réu, quando era inimputável, inclusive graves, bem como a existência de outro processo em curso, assim como qualquer outra circunstância que exsurja dos autos e o desabone, são circunstâncias geradoras de maus antecedentes, passíveis de análise em cada caso, afastando a causa de diminuição de pena prevista na lei antidrogas. Recurso a que se dá provimento. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0040.07.055406-4/001, Rel. Des. Judimar Biber, j. 02.10.2007, DJ 09.10.2007).

 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Adulteração de placas de veículos com uso de fita isolante. Meio precário. Atipicidade da conduta*

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR - ALTERAÇÃO GROSSEIRA COM FITA ISOLANTE - DELITO NÃO APERFEIÇOADO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 'A inserção de fita isolante em um dos algarismos da placa é expediente improvisado e precário que não configura o grave delito tipificado no art. 311 do CP (punido com pena de reclusão de três a seis anos). Afinal, neste contexto, não há possibilidade de que terceiros venham a ser ludibriados, de forma perene, bastando a retirada da fita grosseiramente inserida para que se descubra o engodo. Em outras palavras, não há ofensa à fé pública, que é o bem jurídico tutelado por referido tipo penal.' (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0433.05.169525-5/001, Rel. Des. Eduardo Brum, j. 20.05.2008, DJ 10.06.2008).

 STJ, 5ª Turma. *Adulteração de placas de veículos com uso de fita isolante. Tipicidade da conduta*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ADULTERAÇÃO DE PLACA DE AUTOMÓVEL. FITA ADESIVA. CRIME PREVISTO NO ART. 311 DO CÓDIGO PENAL. 1. A adulteração de placa de veículo automotor, por intermédio de fita adesiva, configura o crime previsto no art. 311 do Código Penal, não se exigindo finalidade específica do agente. Precedentes desta Corte. 2. Recurso provido. (STJ, 5ª Turma, REsp 912059/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.12.2007)

 TJMG, 5ª Câmara Criminal. *Prisão cautelar. Paciente homiziado*

EMENTA: HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO - RECOLHIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO - IMPOSSIBILIDADE PACIENTE HOMIZIADO - DENEGACÃO DA ORDEM. I. Face ao não-comparecimento do paciente à audiência de interrogatório, bem como encontrando-se o mesmo em lugar incerto e não sabido, e ainda, não vislumbrando qualquer mácula na decisão primeva que determinou a expedição do mandado de prisão, a fim de assegurar a aplicação da lei penal, outra solução não resta senão manter o decreto em desfavor do paciente. II. A decisão que decreta a prisão preventiva do paciente com base em dados concretos dos autos, com fins a assegurar a aplicação da lei penal, é idônea e não merece revogação. III. Ordem Denegada. (TJMG, 5ª Câmara Criminal, HC nº 1.0000.09.495228-0/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 26.05.2009, DJ 08.06.2009).

Nesta Seção

- ▶ com a palavra, o universitário 50
- ▶ direito e efetividade 54
- ▶ sociedade em debate 61
- ▶ Indicação de Obra Jurídica 64
- ▶ Obra em outra área 65

com a palavra, o universitário

O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹.

Guilherme César Pinheiro

*Graduando em Direito pela PUC/MG
Estagiário do Ministério Público de Minas Gerais*

1. Introdução

“Ninguém será privado da liberdade nem de seus bens sem o devido processo legal”, é o que dispõe o artigo 5º inciso LIV da Constituição da República de 1988. Todavia, a nossa Carta Política não define o que é o devido processo legal. Cabe, portanto, a doutrina conceituar a mencionada garantia constitucional.

Nessa perspectiva, entende-se que esse instituto possui um conceito aberto, sendo que sua definição depende do paradigma jurídico e, por conseguinte, do conceito de processo².

Assim, este trabalho objetiva reconstruir o conceito da mencionada garantia, esclarecendo sua aplicação (interpretação), a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, adotando-se a teoria do processo como garantia constitutiva de Direitos Fundamentais, numa relação de co-dependência (BARROS, 2008).

Para tanto, é preciso visitar a definição do instituto em estudo em cada paradigma jurídico e teoria do processo. Além do mais, importa chamar a atenção para se interpretar (aplicar) os princípios componentes do devido processo legal numa perspectiva democrática.

1 Dedico este artigo à 4ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte – Juízo dos Registros Públicos –, pela rica contribuição e apoio na sua elaboração.

2 BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 10-16. A autora reconstrói os conceitos de processo a partir de cada paradigma, até se chegar ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

2. O Devido Processo Legal no Estado Liberal e no Estado Social

No paradigma do Estado Liberal (Estado de Direito), no qual, por influência dos princípios da autonomia da vontade e da igualdade formal, o processo era concedido como mera formalidade a ser observada pelo juiz. Assim, o conceito de devido processo legal se confundia com devido procedimento legal (serie de atos processuais conexos entre si e estabelecidos por lei), determinando apenas o estrito respeito a esta estrutura técnico-normativa.

Lado outro, no contexto do Estado Social, quando a teoria do processo como relação jurídica passa, no Brasil, por uma sofisticação teórica, formando, inclusive, uma escola de processo em São Paulo, o instituto, ora estudado, ganha um novo atributo, qual seja: os escopos metajurídicos. Dessa forma, o devido processo legal além de exige o rigoroso respeito ao procedimento, precisa atingir estes tais escopos metajurídicos. Para tanto, adota-se a prática de conferir poderes (interditalidade) aos magistrados, para suprirem as lacunas e pontos falhos do ordenamento jurídico.

3. O Devido Processo Legal: considerações à luz do Estado Democrático de Direito.

Considerando que a Constituição de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, elevando o processo à categoria de direito fundamental, qual seria o conceito de Devido Processo Legal nesta perspectiva constitucional-democrática?

Para responder a essa pergunta é essencial compreender o processo enquanto garantia constitucional constitutiva de direitos fundamentais, numa relação de co-dependência (BARROS, 2008). Esses direitos fundamentais fazem parte um arcabouço principiológico uníssono (modelo constitucional do processo), esculpidos nos conteúdos normativos dos artigos 5º *caput* e incisos II, XXXIV, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e LXXVII, do artigo 93, incisos IX e X, e dos artigos 133 e 134, todos da Constituição Federal.

Destarte, devido processo legal é direito-garantia que se caracteriza pelos princípios da isonomia processual (abrangendo a imparcialidade do Juízo), do contraditório; da ampla defesa (que inclui o direito ao duplo grau de jurisdição e a indispensabilidade da presença do advogado ou defensor público); da inafastabilidade da prestação jurisdicional (acesso à justiça); juízo natural; direito de ação; imposição de fundamentação das decisões; e da razoável duração do processo e os meios para sua célere tramitação. Esta garantia presta-se a possibilitar a participação dos envolvidos (partes - aqueles que sofrerão os efeitos do provimento estatal) na construção dialética das decisões (sentença, interlocutórias e acórdão) e fiscalização incessantes - (re)construção - do ordenamento jurídico vigente (LEAL, 2002).



4. Interpretação democrática da principiologia do instituto do devido processo legal

Ressalta-se que esse arcabouço principiológico há de ser interpretado (aplicado) em consonância com o Estado Democrático de Direito, para que se possa estruturar a coparticipação e a problematização da aplicação e fiscalização das leis (NUNES, 2009, p. 250). Por isto, entendemos ser pertinente fazer alguns apontamentos³, em linhas breves, acerca de alguns desses princípios, a saber: contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, isonomia processual, direito-de-ação e inafastabilidade da prestação jurisdicional, a fim de conceituar melhor a definição de Devido Processo Legal, teorizando-o ao máximo; e destacando para a necessidade de compreendê-lo adequadamente no marco Constitucional-Democrático.

4.1 O contraditório como influência e não-surpresa

A começar pelo contraditório que, na perspectiva ora estudada, não mais pode ser compreendido apenas como bilateralidade de audiência, assentado no binômio ciência e participação, cuja origem é a expressão latina *audita altera pars*, nem como o dizer e o contradizer acerca dos pontos controvertidos da demanda, o que elejo denominar de *pseudo-contraditório*, mas, sim, enquanto garantia de influenciar ativamente e de forma efetiva na construção das decisões (sentença, acórdão ou interlocutórias)⁴. Neste norte, evitar-se-ão as chamadas decisões surpresas, visto que, considerando a co-relação deste com a fundamentação das decisões, é defeso ao juiz - agente público julgador - motivar suas decisões com argumentos não suscitados pelas partes, o que impõe ao magistrado o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive, as matérias de conhecimento *oficioso*, conforme preceitos da legislação

3 Isto já foi feito pelo insigne professor Ronaldo Brêtas, quando conceituou a garantia aqui estudada. Veja-se: “[...] o devido processo legal deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentadas pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) o direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório, entendido como participação efetiva e igualitária das partes no desenvolvimento e no êxito do processo, e não apenas na acepção tradicional e restrita de ciência bilateral dos atos processuais, com a possibilidade de contrariá-los; d) garantia de plenitude da defesa, com todos os meios a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também o direito da parte a presença do advogado ou do defensor público no processo; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.” (sic) (BRÊTAS, 2009, p. 468).

4 Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127. Este autor ao discorrer acerca do mencionado princípio, afirma o seguinte: “O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polémica que desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa é a sua matéria, o seu conteúdo possível.”

estrangeira - art. 16 do Novo Código de Processo Civil da França, § 139 do ZPO alemã e o art. 3, item 3, do Código de Processo Civil de Portugal. Em razão disto, o contraditório vem sendo concebido como garantia de influência e não-surpresa (NUNES, 2008, p. 224-239).

4.2 Ampla defesa como garantia de alegar e provar

A ampla defesa é co-relata ao contraditório, porque pressupõe possibilidade de alegações, mas assegura, também, a produção de provas, garantindo, então, a participação em todos os atos referentes à construção dos elementos probatórios. A defesa, em direito, pressupõe oportunidade de ampla argumentação e produção de provas. Dito de forma simples, ampla defesa é o direito-garantia, tanto do autor quanto do réu, de citar e provar o que foi alegado:

Assim, tomando estes dois conceitos como base - direito de ação e contraditório -, a ampla defesa será compreendida como garantia das partes de amplamente argumentarem, ou seja, as partes além de participarem da construção da decisão (contraditório), têm direito de formularem todos os argumentos possíveis para a formação da decisão, sejam estes de qualquer matiz. Isto, pois a recorrente afirmação da distinção entre argumentos de fato e de direito, aqui estão compreendidos como indissociáveis. Assim, a ampla argumentação garante como consequência lógica a possibilidade de ampla produção de prova para a reconstrução do fato e circunstâncias relevantes para o processo (BARROS; GUIMARÃES; CARVALHO, 2005, p.10).

4.3 A fundamentação das decisões judiciais no direito processual democrático

A imposição de fundamentação das decisões é decorrente do contraditório e da ampla defesa, porquanto, em se tratando de direito processual democrático, há que ser construída pelas alegações das partes - conteúdo do contraditório⁵ - respaldadas no ordenamento jurídico vigente (regras e princípios), apresentados e demonstradas (afirmadas) pelos elementos probatórios constantes nos autos, o que se faz em atenção a ampla defesa:

A sentença ou decisão há de ter seus **fundamentos** egressos da lógica procedimental formalizada e desenvolvida **compartilhadamente** pelos sujeitos do processo. Em direito processual democrático, a ausência dessa vinculação descaracteriza o conceito de

5 Na perspectiva aqui estudada, o contraditório é garantia daqueles que sofrerão os efeitos do provimento, de influenciar de forma efetiva e ativa o magistrado na construção do ato decisório (provimento). A partir disto, conteúdo do contraditório são as alegações e argumentos aduzidos no espaço-tempo procedimental atinentes às questões discutidas no *iter* procedimental. (GONÇALVES, 1992, p.127).

Informações Variadas

fundamento decisório nas democracias a que alude o art. 93, incisos IX e X, CR/88. As leis são balizadores hermenêuticos das decisões, mas processualmente os argumentos fundantes são, nas democracias, inferentes (conceitos inferidos) da estrutura escritural do procedimento.⁶(grifos no original) (LEAL, 2008, p. 206)

Nessa linha de pensamento, é a acepção do contraditório como influência e não-surpresa que assegura a legitimidade democrática das decisões, porque a fundamentação das decisões deve explorar, essencialmente, o conteúdo do contraditório.

Além do mais, tal compreensão transfere a decisibilidade da órbita do monocentrismo para o policentrismo, o que cumpre o objetivo almejado pela do marco democrático. Acerca disso, a professora Flaviane de Magalhães Barros faz a seguinte paródia:

[...] o contraditório não permite que o juiz, no processo jurisdicional, retire um coelho da cartola, como se fosse um mágico. Ou seja, a decisão não é produto somente do juiz, mas esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não-surpresa. (BARROS, 2008 p. 18-19)

4.4 A isonomia processual: uma abordagem a partir no neo-institucionalismo

Destaca-se, quanto à isonomia processual, que é mais ampla que a isonomia formal – igualdade fundamental – expressa no art. 5º *caput* da CR/88, uma vez que aquela não diz respeito apenas à igualdade perante a lei (isotopia), pois é composta, ainda, pelos aspectos isomênicos (igualdade para interpretar a lei) e isocríticos (igualdade para destruir ou recriar leis) (LEAL, 2002, p. 109). Estes aspectos são importantíssimos para a estruturação da compaticipação e problematização, com vistas à fiscalização das decisões e a (re)construção do ordenamento jurídico, pelos legitimados ao processo.

Percebe-se, portanto, que o princípio da imparcialidade do Juízo é decorrente da isonomia processual, uma vez que não mais se refere ao afastamento do total das pré-compreensões do magistrado, ante a sua impossibilidade⁶; mas diz respeito a garantir às partes tratamento processual igualitário, ou seja: a imparcialidade pressupõe assegurar aos litigantes todos os demais direitos fundamentais caracterizadores do Processo (contraditório, ampla defesa, e fundamentação das decisões), nas mesmas condições - espaço-tempo.

6 Segundo os ensinamentos de Gadamer toda compreensão pressupõe pré-compreensões, preconceitos: “não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos” (GADAMER, 1997, p. 709 *apud* RIBEIRO; BRAGA; 2008, p.130).

4.5 O acesso à Justiça como direito fundamental de apreciação do mérito

A inafastabilidade da prestação jurisdicional (acesso à Justiça) é, sem sombra de dúvida, direito fundamental (BRÊTAS, 2009, p. 416-420) de apreciação do mérito da causa - lide carnelutiana - levada a juízo (*res in iudicium deducta*), porque o nosso texto constitucional afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV). É o que o professor Vicente de Maciel de Paula Junior destaca, propondo revisitar as condições da ação:

A não apreciação do mérito por imposição de condicionantes da ação gera um obstáculo de acesso à Justiça que não está previsto em nosso texto constitucional. O cidadão brasileiro tem direito a uma resposta de mérito da questão posta em juízo. Se há um vício ou defeito processual, ele deve ser sanado, conduzindo-se sempre o processo para o julgamento do mérito. (MACIEL JUNIOR, 2008, p.308).

Concordamos quase totalmente com o posicionamento do processualista mineiro: quanto às condições da ação, quais sejam a legitimidade de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a do interesse processual de agir. A primeira, realmente diz respeito ao mérito, já que envolve produção de provas e, como já advertia Fazzalari (1992, p.301 *Apud* BARROS, 2003, p.26), que a legitimidade de agir será aferida na sentença, uma vez que a parte é aquela pessoa (física ou jurídica) que sofrerá os efeitos do provimento final; é quem atuou no procedimento em contraditório em simétrica paridade.

A segunda, jamais poderia ser considerada condição da ação, porquanto, com o muito bem ressaltado por Alexandre Freitas Câmara, o pedido encontra-se atrelado a sua causa de pedir. O pedido é decorrente lógico-jurídico da sua causa de pedir próxima, razão pela qual não se deve falar em possibilidade jurídica do pedido, pois, o pedido não é impossível, mas, sim, a sua causa de pedir. Exemplificando: A ajuízo ação em desfavor de R pleiteando o pagamento de uma dívida decorrente de jogo de aposta. Neste caso, o pedido será a condenação de R ao pagamento de uma dívida sob a importância de XX, isto não é impossível; todavia, o código civil (artigo 814) veda a cobrança de dívida oriunda de jogo de aposta. Veja-se, então, que há impossibilidade da causa de pedir (CÂMARA, 2008, p.120-122).

A terceira e última das condições da ação, o interesse processual é dividido em interesse-necessidade e interesse-adequabilidade: quanto ao interesse-necessidade, que se refere à inexistência de forma diversa da jurisdicional para a solução do litígio, realmente se encontra em desuso; o interesse-adequabilidade, por sua vez, diz respeito à adoção do procedimento ou mecanismo processual tecnicamente adequado. Este sim há que ser observado, uma vez que técnica não é formalismo; é a utilização dos melhores meios para se alcançar um fim; além do que, não só a ciência processual, mas qualquer ramo do saber depende da melhor técnica para sua evolução. No entanto, a lei processual, em



respeito ao princípio da fungibilidade, é condescendente com a inobservância da melhor técnica.

No tocante aos pressupostos processuais, quando ausentes um ou mais geram um vício processual convalidáveis, razão pela qual há que se dar à oportunidade da parte (ou melhor, seu procurador) de sanarem o vício, porém, caso este não seja sanado no prazo determinado, outra solução não há, senão extinguir o processo sem resolução do mérito por desinteresse. (MACIEL JUNIOR, 2009, nota de roda-pé, p. 301-302).

4.6 A evolução histórica do Direito-de-Ação: da teoria imanentista à teoria constitucionalista

Sobre a ação, ou melhor, o Direito de Ação, cabe destacar que já foram superadas as diversas teorias que tentaram definir este importantíssimo elemento do Direito Processual, tais como: a teoria imanentista (1840), que preconizava ser o direito material imanente à ação, ou seja, haveria para cada direito material uma ação correspondente (BARROS; GUIMARÃES, CARVALHO, 2005, p. 3)⁷; a teoria da ação como direito autônomo e concreto de WATCH (1860-1870), autônomo uma vez que o direito material não seria pressuposto da ação, mas esta só existiria nos casos em que houvesse sentença favorável ao autor, daí falou-se em direito concreto (LEAL, 2009, p. 130-131); tangente a esta teoria encontra-se a teoria de Chiovenda, que concebia a ação como um direito potestativo, isto é, seria a ação um direito autônomo, ou melhor, nesse caso, um poder pelo qual se pretende fazer valer em juízo um direito material contra outrem que nada poderia fazer (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 269); para desde Degenkolb e Plosz (1877) a ação ser entendida como direito público, autônomo e abstrato, o que pode ainda ser entendido, segundo Rosemiro Pereira Leal (2009, p.131-132), como direito incondicionado de movimentar à jurisdição. Modernamente, é certo que a ação (direito-de-ação) é a garantia constitucional de fazer movimentar à jurisdição (diferente da judicatura dos instrumentalistas – atividade discricionária do juiz para atingir os escopos metajurídicos do processo, suprimindo as falhas do legislador)⁸ pelo devido processo legal (modelo constitucional do processo).

7 Em estudo sobre o ciclo histórico da Ação, Rosemiro Pereira Leal conclui: “Assim, para essa escola, o direito material (bem da vida jurídica) era imanente à ação para exercê-lo, o que queria dizer que ação e direito material surgiam de modo geminado, não sendo possível separá-los”.(LEAL, 2009, p. 130)

8 É muito comum, nos livros de Direito Processual, falar-se em livre arbítrio e discricionariedade no exercício da jurisdição quando, atualmente, com as conquistas histórico-teóricas de direitos fundamentais incorporadas ao processo, como instrumentalizador e legitimador da Jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos seqüenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual legitimando-o ao processo. Portanto, não há para o órgão judicial qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, se quebraria a garantia de simétrica paridade do processo. (LEAL, 2009, p.28) (grifo do original)

Assim são as lições do Prof. Ronaldo Brêtas:

Inspirando-nos na doutrina de Couture e levando em conta o princípio da supremacia da Constituição, entendemos que, em sentido jurídico amplo, ação, espécie do gênero direito de petição, é direito constitucionalmente assegurado a qualquer pessoa (natural ou jurídica, de direito público ou de direito privado), exercido contra o Estado, consistindo em lhe exigir seja prestada a função jurisdicional, tendo por base a instauração de um processo legal e previamente organizado, segundo o modelo constitucional, no qual se postulará decisão sobre uma pretensão de direito material (Constituição Federal, art. 5º inciso XXXIV, alínea a, e incisos XXXV, LIV e LV) (BRÊTAS, 2009, p. 246) (grifos do original)

5. Considerações Finais

A testificação do instituto do Devido Processo Legal, à luz do Direito Processual Democrático, a fim de melhor esclarece-lo, é imprescindível na atual conjuntura da ciência do Direito, porque aquele é o instrumento que permite a fiscalização incessante das decisões judiciais e do ordenamento jurídico vigente por qualquer do povo.

O Direito Processual Democrático funda-se na adoção do paradigma constitucional-democrático, instituído desde 05 de outubro de 1988, à luz da teoria procedimentalista do direito (HABERMAS, 1997), impondo que a aplicação do direito se dê de modo a garantir ampla participação dos envolvidos na construção dialética do ato decisório e fiscalização permanente do ordenamento jurídico vigente (LEAL, 2002). Aqui, o pressuposto é uma estrutura procedimental de problematização de todas as alegações e argumentos jurídicos relevantes para o caso concreto, o que se faz aplicando (interpretando), numa perspectiva democrática, os direitos e garantias fundamentais que compõem o modelo constitucional do processo (NUNES, 2008, p. 250).

Por todo o exposto, nesse contexto processual-democrático não mais faz sentido o tradicional desdobramento do princípio do DEVIDO PROCESSO LEGAL em sentido substancial – compreendido como instrumento para defender, satisfazer e pleitear direitos (*substantive due process*) - e em sentido processual (*procedural due process*), que seriam todas as garantias *formais* que compõem o princípio em questão (NERY JUNIOR, 2004, p. 60-70), porque são exatamente estas que permitem aos cidadãos a “Defesa de Direitos” (em sentido amplo jurídico, enquanto pretensão e resistência) e a satisfação dos seus direitos de forma eficiente e democrática. Não podemos falar em devido processo legal substancial sem pensar nos Direitos e Garantias Fundamentais que o compõem, pois estes são pressupostos lógico-jurídicos daquele.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari**. *Virtuajus*. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 1-29, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães.; GUIMARÃES, Natália Chernicharo ; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de . **Ampla defesa no estado democrático de direito**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do xiv Congresso nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux. p. 297.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo**. In: Ronaldo Brêtas; Luciana Nepomuceno. (Org.). *Processo Civil Reformado*. 02 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 457-496.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado**. In: Ronaldo Brêtas; Luciana Nepomuceno. (Org.). *Processo Civil Reformado*. 02 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 01, p. 407-456.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 384p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2009. 342 p

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

MACIEL JUNIOR, V. P. **Estrutura e Interpretação do Direito Processual Civil Brasileiro a partir da Constituição Federal de 88**. In: Felipe Daniel Amorim Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). *Constituição e Processo*. : 2008, v. 01.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 303p.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Fernando José A.; BRAGA, Barbara. **A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer**. *Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*, v. 11, p. 121-143, 2008.

JUDICIÁRIO EM DESTAQUE

DO INSTITUTO DA “REPERCUSSÃO GERAL” NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Adriano Magno de Marçall e Silva
Defensor Público do Estado de Minas Gerais

É cediço que o instituto da “repercussão geral” introduzido pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, que promoveu a inclusão do parágrafo terceiro ao art. 102 da Carta Constitucional, teve por objetivo primacial restringir os julgamentos do Supremo Tribunal Federal às questões de relevância jurídica transindividual, impedindo assim que a Corte Máxima continuasse a ser simplesmente uma terceira ou quarta instância das jurisdições ordinárias.

Deveras, é o que constatam, com referências elogiosas, Wambier, Wambier e Medina⁹, quando aduzem:

Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo - sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação -, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

Pois bem, regulamentando tal ideário, a Lei nº 11.418/2006, introduzindo o art. 543-A ao Código de Processo Civil, estabeleceu os detalhamentos substantivos e procedimentais para fins de arguição e reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento e processamento do recurso extraordinário.

O art. 543-B, também introduzido pela referida Lei nº 11.418/2006, consubstancia, por sua vez, um “filtro” ainda mais rigoroso para o jurisdicionado que pretenda ver sua causa sob a análise da Suprema Corte nacional.

Com efeito, pela redação de tal dispositivo constata-se que, se a arguição de repercussão geral de determinado recurso extraordinário guardar similitude com múltiplas outras arguições de mesma natureza e objeto, poderá o

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Repercussão geral*. Breves comentários à nova sistemática processual civil: Leis nº 11.382/2006, nº 11.417/2006, nº 11.418/2006, nº 11.341/2006, nº 11.441/2007 e nº 11.448/2007. São Paulo: RT, 2007.



Tribunal de origem, nos termos do parágrafo primeiro do art. 543-B, “[...] selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

Por seu turno, e com uma redação algo mais elaborada, a Lei 11.672/2008, cuidando do recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, introduziu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, estabelecendo a possibilidade similar de seleção, pelo Tribunal de origem, de recursos representativos de controvérsia reiteradamente argüida em múltiplos recursos especiais.

Conquanto não exista, diferentemente do que ocorre em relação ao recurso extraordinário, referência legislativa – na Lei nº 11.672/2008 – à cláusula da “repercussão geral” como requisito de admissibilidade do recurso especial, é inegável a semelhança de tratamento que o legislador empresta aos espécimes recursais em questão.

Deveras, a similitude mencionada pode ser observada em pelo menos três aspectos, a saber: a) o do fundamento racional das Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, que visa claramente uma restrição quantitativa de recursos especial e extraordinário nas Instâncias supra-ordinárias do Judiciário pátrio; b) a da possibilidade de eleição, pelo Tribunal de origem, de recursos “representativos” de causas tidas como repetitivas, para fins de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; c) e, por fim, a da possibilidade das Instâncias de origem, após julgamento do recurso extraordinário e especial, respectivamente pelo STF e STJ, de julgarem prejudicados os recursos interpostos ou de se retratarem.

Interessante observar que a inovação legislativa descrita no último tópico é de constitucionalidade duvidosa, pois permite, ainda que através de uma retratação conformativa, o julgamento dos recursos especial e extraordinário por Instâncias que não foram constitucionalmente designadas para tal mister, o que – apesar da boa intenção do legislador ordinário – é inadmissível, sem a necessária reforma do Texto Constitucional.

Demais disso, impende frisar que a Lei 11.672/2008, também ao arpejo da indispensável reforma constitucional, terminou por trazer alteração aos requisitos de cabimento do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça.

De fato, com a introdução do art. 543-C ao Código de Processo Civil, mormente do disposto no inciso I do parágrafo sétimo, o legislador ordinário terminou por fomentar um requisito de admissibilidade implícito ao recurso especial, qual seja, o de que o acórdão recorrido não esteja em desconformidade com orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Sob um ponto de vista estritamente pragmático, inegável a utilidade da referida disposição normativa, porquanto extremamente contraproducente que o Superior Tribunal de Justiça fique reapreciando causas repetidas, sobretudo nas hipóteses de controvérsias cuja solução possua jurisprudência consolidada na Corte. Entretanto, uma vez mais, a inovação legislativa resente-se da forma adequada,

pois não pode o legislador ordinário estabelecer restrições onde o Poder Constituinte não o fez.

Referências Bibliográficas:

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Repercussão geral. Breves comentários à nova sistemática processual civil: Leis nº 11.382/2006, nº 11.417/2006, nº 11.418/2006, nº 11.341/2006, nº 11.441/2007 e nº 11.448/2007. São Paulo: RT, 2007.

COMENTÁRIOS À LEGISLAÇÃO:

DIREITO DE SUPERFÍCIE – BREVE COMPARATIVO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O ESTATUTO DA CIDADE¹⁰

Rodrigo Mazzei

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Professor do Instituto Capixaba de Estudos (ICE)

Advogado

Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES)

Mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Contornos gerais do direito de superfície no Código Civil de 2002. 2. Direito de superfície no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) *versus* direito de superfície no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.275/01). 2.1 Diferenças e pontos comuns. 3. Referências bibliográficas.

1. Contornos gerais do direito de superfície no Código Civil de 2002

O direito de superfície atenua o princípio da acessão,¹¹⁻¹² cujas raízes encontram-se no direito romano (*superficies solo cedit*), criando ambiente particular e diverso do consolidado no art. 543 do Código Civil de 1916 e repetida no art. 1.253 do Código Civil de 2002, qual seja: *toda acessão construtiva ou vegetal pertence ao proprietário do imóvel*.

Lembramos que, pelo princípio da acessão, tudo aquilo que se acrescenta, de modo permanente, ao solo, passa a pertencer ao seu proprietário, não importando, *prima facie*, o valor do acessório.¹³ Assim, o direito de superfície não tem o condão de alterar indiscriminadamente esse conceito sedimentado, permanecendo a presunção de que as construções e

¹⁰ Estudo produzido em homenagem à professora Maria Magnólia Lima Guerra.

¹¹ Em termos, Costa (2003, p. 530).

¹² Seguimos o conceito de acessão de Lira (2003, p. 541): “[...] é a união física entre duas coisas, formando de maneira indissolúvel, um conjunto em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico”.

¹³ Não se pode esquecer de exceção prevista no Código Civil de 2002, localizada no parágrafo único do art. 1.255, que permite ao possuidor de boa-fé a possibilidade de vir a adquirir o imóvel, de forma onerosa, caso o valor da acessão seja consideravelmente superior ao valor do imóvel.

Informações Variadas

plantações (acessórios) pertencem ao dono do solo. Contudo, tal presunção não é absoluta, competindo ao interessado elidi-la.

Com o direito de superfície, através de convenção, uma pessoa (superficiário ou concessionário) pode construir e/ou plantar¹⁴ sobre o terreno¹⁵ de outrem (proprietário),¹⁶ de tal forma que a edificação ou plantação acrescentada ao imóvel¹⁷ pertença a ela (superficiário) e o terreno continue no domínio original.¹⁸ Esse último traço merece destaque, pois, como gizado pela homenageada professora Maria Magnólia Lima Guerra (1981, p. 92): “Dentre os efeitos produzidos pelo direito de superfície, o mais importante deles é a atribuição ao superficiário do direito de ter e manter uma construção em terreno alheio”.

Como o Código Civil de 2002 não sinaliza com qualquer restrição, somos partidários da ideia de que o nosso direito de superfície inclui não apenas a acessão no seu sentido mais comum (obra ou plantação nova), mas cuida também de situação já existente, seja para manter a plantação ou construção, seja para agregar novo valor ao *implante*.¹⁹⁻²⁰

O direito de superfície é, portanto, em apertada síntese, um direito de fruição sobre coisa alheia, em que há exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, já que a lei concede direito real em favor de quem constrói ou planta – mediante prévio acordo – em imóvel alheio.²¹

Essa divisão de direitos de ordem real, que para tanto exige que a avença seja efetuada por instrumento público com registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.369, *in fine*),²² é muito bem vislumbrada tanto no

art. 1.376 do Código Civil de 2002, que prevê que em caso de desapropriação a indenização caberá a cada um (proprietário/concedente e superficiário/concessionário), no valor correspondente ao seu direito, como também no art. 1.373, pois, em caso de alienação do imóvel ou direito de superfície, o direito de preferência será do superficiário (na primeira hipótese) e do proprietário (na segunda situação).²³

Quanto ao direito de preferência, faz-se mister assinalar que não consta no art. 1.373 da codificação o procedimento com o qual se exercerá aludido direito, levando-nos a crer que tal situação deverá estar devidamente dirimida em contrato. Na falta de pactuação a respeito, a doutrina diverge no regramento a ser aplicável:²⁴ *preempção da compra e venda* (arts. 513/520 do Código Civil/2002),²⁵ ou *preferência prevista na Lei do Inquilinato* (arts. 28 e 30 da Lei nº 8.245/91).²⁶ Inclina-mo-nos em adotar a última posição, considerando incompatibilidade do art. 520 com o art. 1.372, pois se o direito de superfície se transmite aos herdeiros, lógico é que o direito de preferência também se transmita aos mesmos, situação trancada pelo art. 520. Ademais, aplicando-se a Lei nº 8.245/91, o superficiário ou proprietário, que depositar o preço do imóvel ou implante (com todos os demais encargos de transferência), terá o direito de haver para a si a propriedade ou direito de superfície almejado, aplicando-se a regra do art. 33 da legislação extravagante em caminho ético e operativo, seguindo os princípios regentes da codificação.

No que tange à desapropriação, a redação singela do art. 1.376 nos leva a crer que devemos analisar apenas o valor dos implantes e o do solo, a fim de que obtenhamos proporcionalmente o *quantum* do direito real de cada um. Assim, o dispositivo assinala para um ponto neutro da concessão, ou seja, em determinado ponto temporal, as partes encontram-se em pé de igualdade. Entretanto, nada obsta que a desapropriação venha a ocorrer logo ao fim do contrato, quando o proprietário estiver prestes a incorporar ao seu patrimônio os implantes (art. 1.375). No inverso, imagine situação inicial da concessão em que o superficiário já tenha resgatado integralmente o *solarium*²⁷ ao proprietário, mas tinha apenas iniciado parcialmente o implante de uma obra. Nestas condições, a interpretação do art. 1.376 é mais complexa do que parece, devendo ser relevante também o fator temporal, assim como circunstâncias peculiares de cada contrato (p. ex.: pagamento de *solarium*, previsão de indenização para o superficiário ao fim da concessão) para se aferir o direito real de cada um.²⁸

14 Ousamos não concordar, *data máxima venia*, com a crítica do mestre Pereira (2003, p. 244) de que deveríamos ter seguido o sistema italiano, de modo a não incluir na codificação o direito de superfície vinculado às plantações, pelos inconvenientes que geram tal atividade, que acaba por facilitar os litígios. Nossa nação tem vocação para a cultura da terra e o direito de superfície rejeitado pelo ilustre jurista não só pode ser útil na busca da função social da propriedade, como também pode servir de instrumento para acumulação de divisas e riquezas para toda a sociedade.

15 Temos, portanto, em nosso direito, tanto a *superficie* vegetal (plantações), quanto a *superficie edificativa* (construções) (LIRA, 2003, p. 543) também utiliza a expressão *superficie edilícia*.

16 Ou *concedente* ou *fundeiro*.

17 A acessão decorrente do direito de superfície é rotulada, especialmente no direito luso, de *implante*.

18 Segundo Ascensão (2000, p. 525): “A superfície pode ser simplesmente definida como ‘direito real de ter a coisa incorporada em terreno alheio’. Isto basta para distinguir a superfície de qualquer outro direito real e para englobar todas as modalidades previstas”.

19 V. nesse sentido: Venosa (2003, p. 392) e, em termos, Pereira (2003, p. 244). Em sentido contrário: Oliveira (2002, p. 70).

20 A questão foi notada e o Projeto de Lei nº 6.960/02 do Deputado Ricardo Fiúza amplia o direito de superfície para permitir a edificação de *beneficentárias*, ou seja, agregar edificação já existente. Adota-se, portanto, em parte sistema próximo ao existente em Portugal e na Itália que permitem o direito de superfície para manter e agregar à construção. Ver mais adiante quanto tratamos do direito de sobrelevação.

21 Próximo: Diniz (2002, p. 410) e Rodrigues (2002, p. 275).

22 O simples instrumento público, sem o registro no RGI, terá apenas eficácia relativa, e não absoluta como direito real.

23 Sobre o tema em voga e com olhos voltados aos efeitos processuais do art. 1.376, desenvolvemos o seguinte estudo: Exemplo de litisconsorte simples-necessário: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376) (MAZZEI, 2006).

24 Diferentemente das formas expostas no corpo do trabalho, Francisco (2001, p. 181) defende que se deve “[...] seguir os ditames previstos nas hipóteses de compropriedade, inclusive o procedimento de alienação de coisa comum”.

25 V. nesse sentido: Venosa (2003, p. 396).

26 V. nesse sentido: Melo (2003, p. 230).

27 A verba recebida é normalmente chamada de *solarium* ou *cânon superficiário*. No presente texto utilizaremos a primeira expressão.

28 V. em termos: Melo (2003, p. 232).



Pelo art. 1.370 do Código Civil de 2002, vê-se que concessão poderá ser gratuita ou onerosa,²⁹ contudo, não se fixa quem será o beneficiário do pagamento (no caso de concessão onerosa), sendo intuitivo que será o superficiário a processar prestação em favor do proprietário, que está *concedendo* ao primeiro a possibilidade de erigir acesso à sua propriedade imóvel.³⁰

Note-se, ainda no âmbito do art. 1.370, que na hipótese de concessão onerosa, o pagamento poderá dar-se *de uma só vez ou parceladamente*, essa última forma não dispensará que no contrato seja indicado o *preço global* da concessão. Como é óbvio, só se *parcela* valor previamente constituído e representado por um *preço*, sob pena de caracterizar outra forma de pagamento diferente do *preço parcelado*, passível de desvirtuar a própria concessão. Ainda que o pagamento parcelado coincida com o tempo da concessão – é importante aferir que o direito de superfície no Código Civil tenha sempre duração determinada (art. 1.369) – não se autoriza a dispensa do valor global a ser suportado pelo concessionário em favor do concedente.

Quando falamos em *preço global* da concessão, não estamos descartando a possibilidade de *preço estimativo*, até porque, dentro da pretensão de usar o direito de superfície como vetor facilitador para atingir a função social da propriedade, não vemos óbice em que o preço (ou parte do mesmo) seja pago através da participação do proprietário nos frutos (naturais ou civis) que o superficiário colha a partir da implantação do direito de superfície.³¹

Ao estabelecer que a concessão somente poderá ser temporária, pode-se dizer que na vigência do pacto haverá uma suspensão dos efeitos da acesso,³² ou seja, enquanto durar a pactuação, a propriedade³³ do acessório (construção e/ou plantação) é do superficiário. Somente quando extinta a concessão, o proprietário do solo passará a ter domínio pleno sobre o todo (consumando-se então a acesso), independentemente de indenização, se de outro modo não houver estipulado as partes (art. 1.375).³⁴

29 Concordamos com Lira (2003, p. 543): “[...] na não previsão de pagamento presente na concessão, ela é gratuita”. Contra, entendendo se presumir onerosa, Francisco (2001, p. 179).

30 A gratuidade, pensamos, está relacionada aos pagamentos do superficiário em favor do proprietário, ou seja, o artigo 1.370 do Código Civil de 2002 com vínculo ao *solarium*. Nessas condições, não vemos óbice em situação em que o proprietário contribua com o superficiário nas despesas concernentes ao *implante* para, após o prazo determinado no pacto, absorver em seu patrimônio integralmente a propriedade plena da construção ou da plantação que será erigida graças ao trabalho do superficiário. À luz do art. 1.372 este contrato é gratuito, pois o foco está na concessão da superfície.

31 Pereira (2003, p. 244) admite o pagamento mediante participação nos frutos.

32 Na legislação brasileira, somente haverá caso de suspensão, nunca de interrupção (privativo do direito de superfície perpétuo). No tema Lira (2003, p. 542): “Pode ocorrer contudo a ‘suspensão’ dos efeitos da acesso, quando se terá a superfície temporária, ou a ‘interrupção’ dos efeitos da acesso, quando se consubstanciar caso de superfície perpétua”.

33 Leia-se: poderes inerentes à propriedade.

34 No sistema luso, ao revés, tem-se que há direito de indenização em benefício do superficiário. Nesse sentido, confira-se Ascensão (2000, p. 531), “Se a superfície se extingue pelo decurso do prazo haverá, salvo

Parece-nos relevante que fique definido entre as partes se o superficiário terá ou não direito à indenização pelas acessões e, em caso positivo, que também se estabeleça o valor respectivo, ou ao menos que se delimite a forma de apuração da verba a ser destinada em favor do concessionário, de modo a dissipar (ou diminuir) a possibilidade de pendenga futura sobre a questão.

O *caput* do art. 1.369 expõe que as concessões serão por *prazo determinado*, todavia não estipula qualquer limitação temporal ou qualquer tipo de restrição. Ainda que a não-imposição de limite tenha a intenção de permitir o ajuste de acordo com a ordem de investimentos e situações peculiares de cada caso, fato é que o legislador não municiou o sistema de elementos para evitar a feitura de concessão perpétua,³⁵⁻³⁶ conspirando contra dois dos princípios que norteiam a nova codificação: *operabilidade e eticidade*.³⁷⁻³⁸

Na falta de previsão, pensamos que o tempo contratual levará em conta o valor agregado no imóvel pelas acessões e as condições contratuais. De um lado, isso permite o discurso de mobilidade do instituto, de outro, pode desestimular seu uso, diante da possibilidade de litígios judiciais para alvejar a revisão dos prazos inicialmente fixados. Diante dessa situação, confessamos existir dúvida acerca de o legislador deixar a questão do prazo sem qualquer amarra, em descompasso com o uso do direito de superfície como instrumento de concretização da *função social da propriedade*,³⁹ e também dos contratos, diante da ligação umbilical das concessões a serem convencionadas com os ditames do art. 421 do Código Civil de 2002.

Apesar do lapso apontado, voltando ao enfoque do novo Código à função social da propriedade, vale analisar dois artigos em separado em que o legislador criou ambiente para o encadeamento dos imóveis na ciranda social, através do direito de superfície. Primeiramente, apesar de não constar,

estipulação em contrário, direito a uma indemnização. Esta é calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa (art. 1538º). O fundeiro terá pois de indemnizar o superficiário daquilo que efectivamente receber”.

35 A concessão de direito de superfície perpétua é admitida em Portugal (art. 1524º), sendo alvo de severa crítica da doutrina daquela nação, pois tende a ser nociva à função social da propriedade. No sentido, colhe-se severa crítica de Ascensão (2000, p. 149; 529; 533).

36 Pecado diferente pode ser visto no art. 21 do Estatuto da Cidade que permite a concessão por prazo *indeterminado*. Adiante examinaremos a questão.

37 Ao contrário do que está previsto, por exemplo, na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), em que apesar de se permitir os contratos de locação por qualquer prazo (art. 3º), o legislador se preocupou em criar limites, que evitam, inclusive, a desconfiguração do instituto. Na legislação estrangeira sobre o direito de superfície, em alguns diplomas, constam limitações temporais da concessão do direito de superfície. Melo (2003, p. 221) cita ainda no sentido que em Cuba o prazo máximo é de 50 (cinquenta anos), enquanto no Peru e Bolívia o prazo máximo é de 30 (trinta) anos.

38 A situação pode propiciar situações confusas, na contra-mão do instituto. Qual diferença entre um contrato perpétuo e um contrato de 1000 (mil anos), renovável por igual prazo?

39 Sobre *função social da propriedade e o Código Civil de 2002*, produzimos o seguinte trabalho: A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002 (NERY, 2006).

expressamente, no *caput* do art. 1.369, a leitura inteligente do art. 1.374, assim como a própria concepção de destinação social que nutre a inserção do direito de superfície no Código Civil de 2002, releva-nos que as concessões superficiárias terão *destinações vinculadas*, ainda que de conteúdo mínimo, que deverão constar no pacto.

Sem a destinação especificada – frise-se ainda que com uma margem elástica – não há razão de se acalmar o direito de superfície como instrumento facilitador da função social da propriedade. Presume-se que o proprietário permita o direito de construir e de plantar a outrem (art. 1.369) não apenas com intuito de receber o *solarium* (art. 1.370)⁴⁰ ou de se desonerar do pagamento de tributos e encargos sobre o imóvel (art. 1.371), mas também pela expectativa de passar a ter a propriedade plena sobre a acessão com a extinção da concessão (art. 1.375). Sem que se preveja uma destinação final, não só estará frustrada a possibilidade de resolução do art. 1.374, como também de benefício ao seu patrimônio individual que deixaria de agregar a construção ou plantação que autorizou, justamente por ser de seu interesse.⁴¹

De outro lado, a vedação expressa do parágrafo único do art. 1.372 elimina a exigência de pagamento na transferência do direito superficiário. Tal dispositivo deixa claro que o direito real de superfície não possui caráter personalíssimo, admitindo não só a transferência por *causa mortis*, como também a terceiros, de forma onerosa ou mesmo gratuita⁴², como também elimina a cobrança tida como ilegítima (já que sem causa)⁴³ de verba de transferência.⁴⁴ O que importa para o legislador é inserir (ou manter) a propriedade dentro de contexto de *bônus* social, não se justificando, pois, a permissão de exigência pecuniária individual sem causa, por parte do proprietário, como obstáculo à função social da propriedade. Em suma: o que se destaca não é o ganho do proprietário como indivíduo, mas a manutenção de quadro *meta-individual* que não limite a função social da propriedade.⁴⁵

A extinção do direito de superfície, que deverá ser averbada no Registro Geral de Imóveis, importa no *reembolso* da *superfície* (com o seu *implante*) na propriedade,⁴⁶⁻⁴⁷ isto é, o proprietário do solo adquirirá a

propriedade do acessório.

2. Direito de superfície no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) versus direito de superfície no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.275/01)

Embora por muito tempo fora de nosso ordenamento, não estamos diante de instituto ultrapassado, tanto assim que o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.275/01, disciplina paralelamente o direito de superfície, em seus arts. 21 a 24. Confrontando o delineamento do instituto no Estatuto da Cidade e as disposições pertinentes no Código Civil de 2002, em que pese sejam equivalentes, na essência, emergem algumas diferenças entre as respectivas disciplinas.

2.1 Diferenças e pontos comuns

Como diferença básica, cumpre apontar que o Estatuto da Cidade acolheu o direito de superfície somente na modalidade urbana, com aplicação restrita ao solo urbano planificado. O direito de superfície no novo Código Civil, ao contrário, possui aplicação urbana e rural, podendo ser utilizado no solo planificado ou naquele onde não exista uma prévia planificação.

Atentando-se aos limites objetivos do instituto, verifica-se que o Estatuto facultou ao superficiário – de forma expressa – a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo, relativos ao imóvel objeto da concessão do direito de superfície (art. 21, § 1º, da Lei nº 10.275/01). A redação do Código Civil de 2002 abrange apenas o direito de construir e plantar, silenciando a respeito do espaço aéreo e vedando expressamente quanto ao subsolo, salvo se sua utilização for inerente ao objeto da concessão (art. 1.369, parágrafo único).⁴⁸

A redação sem primor do parágrafo único do art. 1.369 cria suposto conflito, na medida em que aparenta proibir a concessão da superfície sobre o subsolo. Na realidade, não é essa a melhor interpretação. Abstraindo a confecção truncada do artigo, segue raciocínio de que o dispositivo proíbe as obras no subsolo apenas e tão-somente se as mesmas não possuírem vínculo com o objeto da concessão.⁴⁹ Quanto à questão do espaço aéreo, esta pode ser dividida em duas situações distintas, a fim de examinarmos o que interessa para efeito do direito de superfície.

A primeira é a concessão do *direito ao espaço aéreo* para outrem (titular de outro imóvel diverso da superfície), de modo a criar limitação para efeito de implantes sobre a superfície do imóvel que possui área vertical que pode ser edificada, favorecendo ambiente para aquele que obteve o

40 Lembre-se que a concessão pode ser gratuita.

41 Daí porque acreditamos ser correta a observação de Guerra (1981, p. 93) no sentido de que pode ser resolvida concessão superficiária se o superficiário não edificar ou não plantar no prazo previamente convencionado.

42 Vide *caput* do art. 1372.

43 Sobre a falta de lastro na cobrança, como revés da função social, a restrição já existia no Projeto de Gomes (1985, p. 68), com a seguinte justificativa no Anteprojeto “Para evitar que o proprietário do solo seja levado a conceder o direito de superfície no pensamento de obter vantagens do trabalho alheio se ocorrerem certos fatos, o Anteprojeto proíbe que cobre qualquer taxa em razão de alienação da construção, ou plantação”.

44 Situação ocorrente na Enfitese com o pagamento do *laudêmio*.

45 V. em sentido próximo: Melo (2003, p. 228-229).

46 V. nesse sentido: Pereira (2003, p. 246).

47 Ainda que não ocorra a exigência no Código Civil, pois, na esteira da doutrina Francisco (2001, p. 181): “[...] somente deixa de existir o direito de superfície no exato instante em que há a averbação no registro

imobiliário, até então será um direito real pleno e eficaz [...]”.

48 Parece certo para nós que, tal como ocorre em relação ao subsolo, a concessão do direito de superfície abrange o espaço aéreo, desde que seja inerente ao objeto da superfície e com vínculo na destinação.

49 Com a mesma leitura, Lira (2003, p. 552).



direito à superfície aérea. Tal situação é comum quando o proprietário, apesar de possuir a possibilidade de construir com determinado gabarito, acaba limitando sua edificação para não prejudicar imóvel de outrem (p. ex.: para aquele não perder vista para o mar), recebendo contraprestação por não utilizar toda extensão do que tinha direito.⁵⁰ Essa situação estaria fora do direito de superfície, já que a essência da figura jurídica estudada é o *direito real de ter coisa própria incorporada em imóvel alheio* e não a *inibição da feitura de implante*.

Em outra vertente, com encaixe que se amoldará ao direito de superfície, o direito ao espaço aéreo poderá se caracterizar como *direito de sobrelevação* que, em curtas palavras, seria o direito de construir em edificação alheia. Diferente da primeira situação, o superficiário concede a outrem o direito de edificar sobre a construção que implantou na superfície, utilizando o terceiro o gabarito a que tem direito, mas que foi subaproveitado.⁵¹⁻⁵²

A *sobrelevação* não se confunde em hipótese alguma com o condomínio vertical, pois no último a propriedade é repartida em frações ideais, enquanto no direito de superfície o imóvel continua integralmente no patrimônio do proprietário, e os implantes, respectivamente, no domínio do superficiário primário e do superficiário derivado. Vale dizer, o proprietário poderá impedir a *sobrelevação* no contrato, tal como procedem os locadores quanto à sublocação parcial ou total, e na inexistência de restrição nesse sentido na concessão, estando a edificação secundária dentro das exigências legais para construção, com respeito ao coeficiente de edificação e à vinculação do contrato, possível seria a *sobrelevação*.

50 Imagine um *shopping* que necessita da superfície para o *mall* e do subsolo para seu estacionamento. No entanto, a edificação do implante sobre a superfície, ainda que o projeto esteja dentro do gabarito e da legislação urbanística, irá afetar a vista para o mar de prédio vizinho, justificando que este terceiro tenha interesse na limitação convencional das dimensões (especialmente altura) do empreendimento (espaço aéreo). Em decorrência da não-utilização de gabarito permitido (que poderia ter sido explorado pelo superficiário do solo na edificação do shopping), poderá ser convencionalmente uma contraprestação pelo beneficiário com a manutenção da vista. A situação, contudo, foge do direito de superfície, já que na essência do instituto está a feitura de *implante em terreno alheio*, e a pactuação é justamente inversa ao sentido da figura. O exemplo está muito mais para uma *indenização* pelo fato do superficiário não ter utilizado toda a extensão da superfície, do que para a hipótese de sobrelevação. Há possibilidade, ao menos em tese, de que tal convenção seja retratada por outro direito real, qual seja: *servidão*.

51 Enfrentando a problemática, Ascensão (2000) – com olhos no Código Civil Português (art. 1526º) – afirma que há um misto de aplicação de regras de superfície com as concernentes à propriedade horizontal, que deve ser utilizada com parcimônia para evitar abusos. Confirma-se a doutrina: “Prevê-se o direito de construir sobre edifício alheio, que representa certo hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal. A constituição deste direito está sujeita às regras da superfície e às limitações da propriedade horizontal: e uma vez acrescentado o edifício, a situação cai inteiramente no domínio da propriedade horizontal. A prática está a dar bom acolhimento a esta previsão legal, mas com frequência utilizando qualificações erradas. Por exemplo, o construtor que espera obter futura autorização camarária para levantar mais andares vende o prédio <<com reserva do espaço aéreo>>”. (ASCENSÃO, 2000, p. 526).

52 Lira (2003, p. 543) afirma que o direito de sobrelevação é “[...] um direito de superfície em segundo grau, quando o superficiário concede a terceiro o direito de construir sobre sua propriedade superficiária”.

O registro da concessão no Registro Geral de Imóveis é, portanto, instrumento de segurança para o proprietário, pois com a publicidade, pouco valor terá o eventual direito pessoal do superficiário derivado em confronto com o direito real do concedente.⁵³

Assim, pela previsão (art. 21, § 1º) no Estatuto da Cidade não haveria óbices para, em tese, a coexistência de até três superficiários, concedendo-se a cada um deles o direito sobre uma fração distinta do imóvel: o solo, o subsolo e o espaço aéreo.⁵⁴ A situação, em nosso sentir, não está vedada pelo Código Civil de 2002, já que não há regra expressa impedindo a *sobrelevação*,⁵⁵ muito menos regra que crie uma diferenciação inconciliável com o Estatuto da Cidade.⁵⁶ No entanto, sem dúvida, muito melhor andaria o legislador se tivesse disposto sobre a questão, evitando embates de interpretação.⁵⁷

No que tange ao limite temporal, outra diferença significativa entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002 relativamente ao direito de superfície. É pelo primeiro a concessão poderia ser feita por tempo determinado ou indeterminado (art. 21 da Lei nº 10.275/01), enquanto que o segundo prevê expressamente (art. 1.369, *caput*, do Código Civil de 2002) que essa deve ser por tempo determinado.⁵⁸ Ainda que ocorra diferença entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade, nota-se que o legislador não permitiu nos dois ambientes legais a constituição de direito de superfície *perpétuo*. A leitura de qualquer dos diplomas informará que o direito de superfície em nosso ordenamento será sempre *temporário*.⁵⁹

O Código Civil de 2002 não estipulou um prazo máximo para a duração do direito de superfície e tampouco um prazo padrão na ausência de estipulação no contrato, em evidente contramão ao princípio da operabilidade. Igual situação é observada no Estatuto da Cidade que também não

53 A sobrelevação, com outros ajustes necessários, poderia ser muito útil para regulamentar o chamado direito de laje que vai se consolidando à margem de um direito positivado. V. nesse sentido: Lira (2003, p. 544).

54 V. nesse sentido: Barbosa (2002, p. 139).

55 V. nesse sentido: Melo (2003, p. 226).

56 Como muito bem leciona Venosa (2003, p. 392): “Desempenha função social não só quem constrói e planta, mas também quem mantém plantações e construções já existentes no terreno de outrem. Veja, por exemplo, a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina de direito de sobrelevação, que não contraria nossa legislação. Nesse sentido se coloca também o Estatuto da Cidade, que citaremos a seguir. Essa lei dispõe que o direito concedido é para o superficiário utilizar o solo, o sub-solo e espaço aéreo”.

57 Para resolver a questão, o Projeto de Lei nº 6.690/02, do Deputado Ricardo Fiúza, elimina a aparente diferença dos diplomas, sugerindo a seguinte redação ao Código Civil: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida em contrato, atendida a legislação urbanística”.

58 Consoante observou Ascensão (1978, p. 170), então se referindo ao Projeto do Código Civil brasileiro, o mesmo evitava um dos principais defeitos por ele apontados à lei portuguesa, que é a admissão da superfície perpétua.

59 V. nesse sentido: Melo (2003, p. 225) e Venosa (2003, p. 392).

Informações Variadas

dispoje elementos a respeito de duração da concessão por prazo determinado. Ocorre que, no Estatuto da Cidade, há a autorização de feitura de concessão por prazo indeterminado, o que, não só caminha na contramão da operabilidade, mas, involuntariamente, permite burla ao princípio da eticidade. Na ausência de prévio ajuste contratual quanto ao prazo, a resolução poderá se efetuar de forma unilateral, com o risco de ser altamente nociva a uma das partes e à própria função social da propriedade (e do contrato). Sem termo final, não havendo inadimplemento contratual, o destino para a resolução do contrato estaria no uso da válvula do art. 473 do Código Civil de 2002⁶⁰ a fim de que a regra protetiva do parágrafo único pudesse ser aplicada, evitando que algum dos contratantes (normalmente o superficiário) fosse prejudicado com a resolução antes de transcorrido prazo compatível com os investimentos efetuados.⁶¹

Diferente não poderia ser, pois permitir resolução por denúncia vazia (sem inadimplemento da outra parte) conspiraria contra a cláusula geral de *função social dos contratos* que, na espécie, tem relação também com a *função social da propriedade*, podendo colocar em jogo os conceitos éticos e de equilíbrio insertos em toda codificação, especialmente na parte contratual e no direito de propriedade. Portanto, sem distinção quanto à fonte legal, o intérprete, ao analisar o tempo contratual, precisa considerar o valor agregado no imóvel pelas implantações, as condições contratuais, os investimentos efetuados pelas partes, assim como a boa-fé (art. 422 do Código Civil/2002⁶²) aplicando-se regras de equilíbrio e eticidade.

Um outro ponto de divergência redacional destaca-se entre os diplomas: pelo Estatuto da Cidade, ao superficiário incumbe o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão de modo proporcional à sua efetiva ocupação, se não for ajustado de forma contrária (art. 21, § 3º, da Lei 10.275/01). O Código Civil de 2002, a seu turno, atribui ao superficiário o ônus de arcar com o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel em sua integralidade (art. 1.371 do Código Civil de 2002).

No particular, parece-nos que o legislador disse menos do que deveria na codificação, dentro do conceito de ética que norteia o próprio Código Civil de 2002, porquanto não há sentido em presumir que o superficiário deverá arcar

com os encargos e impostos do imóvel na totalidade, senão no limite da própria concessão (CARVALHO NETO, FUGIE, 2003, p. 149). Aliás, leitura atenta demonstra também um vacilo do legislador responsável pela Lei nº 10.275/01, pois é possível que o objeto da concessão seja maior do que a efetiva ocupação pelo superficiário, podendo se sustentar, equivocadamente ao nosso sentir, que o vetor de cobrança é a ocupação efetuada e não os limites da superfície concedida.

Desse modo, nada se pactuando em contrário, a obrigação natural de pagamento pelo superficiário dos encargos e tributos está fundada no exame do espaço que foi destinado ao concessionário na superfície (no sentido *lato*) para o uso e gozo do imóvel. Quanto à transmissibilidade, o Código Civil de 2002 veda expressamente ao concedente do direito de superfície estipular, a qualquer título, pagamento pela transferência do direito (art. 1.372, parágrafo único, do Código Civil de 2002), o que não é vedado pelo Estatuto da Cidade.

Outrossim, verificam-se diferenças quanto ao tratamento da extinção do direito de superfície. O Estatuto da Cidade preconiza que se extingue o direito de superfície pelo (1) advento do termo (art. 23, I), (2) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (art. 23, II) e (3) pelo desvio da destinação (art. 24, § 1º). Já o Código Civil de 2002 (art. 1.374) estabelece apenas que, antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida, conforme previsão idêntica no Estatuto da Cidade.

O fato de o Código Civil de 2002 ter previsto apenas a mencionada forma de extinção da superfície não significa, em absoluto, que as outras hipóteses previstas no Estatuto da Cidade foram afastadas. Isso porque tais situações apresentam entre si uma inequívoca harmonia, o que leva à hialina conclusão de que elas compatibilizam-se e completam-se, portanto devem ser aplicadas ao direito de superfície relativo a imóveis urbanos e rurais. A bem da verdade, tais hipóteses não devem ser tidas como exaustivas, já que por se tratar de um direito real, as demais causas extintivas dos direitos reais em geral são admitidas, como *verbi gratia*, a confusão, a renúncia, o abandono e a expropriação pelo poder público.⁶³⁻⁶⁴

60 “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo Único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

61 Não se trata, portanto, de hipótese vinculada ao art. 397 do Código Civil/2002, pois esse dispositivo está vinculado à mora, e a resolução do contrato de superfície pode ocorrer por *denúncia vazia*, ou seja, sem qualquer motivação de inadimplemento. V. nesse sentido: Venosa (2003, p. 392). Contra, entendendo pela aplicação do dispositivo que descartamos (art. 397): Melo (2003, p. 225).

62 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

63 As causas de extinção do direito de superfície indicadas em ambos diplomas são *enunciativas*, pois outras hipóteses podem dar cabo ao direito de superfície, tais como a transação e a renúncia no caso de contrato não oneroso. Pereira (2003, p. 245-246) vislumbra também a possibilidade de resolução em outras hipóteses, citando entre vários exemplos, que o não pagamento dos encargos e tributos, constituindo o superficiário em mora, é causa de resolução do direito de superfície. Também com outros exemplos não previstos no corpo da lei, confira-se Diniz (2002, p. 411). Diante da possível confusão que pode ser causada, o Projeto de lei 6.960/02 propõe nova redação ao art. 1374: “Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida, bem como se descumprir qualquer outra obrigação assumida no contrato”.

64 A mesma inteligência pode ser extraída da obra de Guerra (1981, p. 93), já que a homenagem, como já ressaltado, admitia a resolução da concessão superficiária se o superficiário não edificar ou plantar no prazo previamente convenionado.



Por fim, prevê o Estatuto da Cidade (§ 2º, art. 24) que a extinção do direito de superfície deverá ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, previsão inexistente no Código Civil de 2002, entretanto, em razão da natureza real do direito de superfície, a referida providência também deverá ser ultimada,⁶⁵ de modo que a situação, no nosso prisma, não se caracteriza como tratamentos distintos.

3. Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. O direito de superfície agrícola. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 4, abr./jun. 1978.

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície: à luz do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Juruá, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado: posse e direitos reais*. Curitiba: Juruá, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1981.

LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSA, Roberto (Coord.). *Aspectos controversos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

MAZZEI, Rodrigo. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Exemplo de litisconsorte simples-necessário: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376). In: MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). *Questões processuais do Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006.

_____. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). *Questões processuais do Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

65 V. nesse sentido: Diniz (2002, p. 412).

NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

sociedade em debate

PROCESSOS DE REFERENCIAÇÃO EM PARECERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IVONE RIBEIRO SILVA

Analista do Ministério Público – especialidade Letras

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo refletir sobre a evolução do conceito de *referência* para o de *referenciação*, ou seja, sobre o abandono da visão da linguagem como “etiquetas coladas às coisas” e a adoção da idéia de que as categorias são construídas discursivamente. Essa reflexão tem como parâmetros os estudos de Apothelóz e Béguelin e de Mondada e Dubois, além dos de outros, mais recentes, de Koch e Marcuschi.

Os textos utilizados como exemplos foram retirados de pareceres escritos por procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com as adaptações necessárias para garantia do sigilo tanto dos seus autores quanto das partes envolvidas nos processos relacionados a esses pareceres.

2. Referência e referenciação

De que maneira nós nos referimos sobre o mundo?

Os formalistas provavelmente responderiam a essa pergunta dizendo que, por meio da linguagem, nós nomeamos o mundo, o que equivale a admitir uma correspondência direta e homogênea entre as palavras e as coisas (*objetos mundanos*). Essa ênfase na ligação entre a palavra e a realidade externa, realidade essa que existiria independentemente da subjetividade dos indivíduos e das relações entre eles estabelecidas, resulta na concepção da linguagem como sistema, da sintaxe como o mapa da ordem natural do mundo e do significado como a *relação entre um*

Informações Variadas

signo e o objeto que ele reflete. Isso pressupõe uma língua em perfeita sintonia com o mundo, e um mundo que é exatamente o mesmo para todos os sujeitos.

Os estudos cognitivistas proporcionaram o surgimento de uma nova visão sobre o tema da significação. Em vez da relação entre signo e objeto, a significação passa a ser entendida como a *relação entre o signo e os seus intérpretes*. A ênfase recai, então, na ligação entre a língua e a estrutura conceitual do indivíduo.

Em outras palavras, ultrapassamos a idéia de que existe um leque de categorias – disponíveis e armazenadas na memória – das quais o homem lança mão sempre que precisa e chegamos à constatação de que essas categorias não estão dissociadas das práticas sociais. É o que diz Marcuschi (1998): “Língua é trabalho cognitivo e atividade social. Para os processos referenciais, isto significa que os itens lexicais só obtêm significação plena em sua realização textual, o que exclui aqui uma visão autônoma e essencialista da língua”.

Assim, sentido e, por extensão, conhecimento são fenômenos construídos *discursivamente*, isto é, no interior das práticas sociais, atividades que só são possíveis pelas informações partilhadas pelos sujeitos bem como pela capacidade cognitiva de cada um deles.

A correspondência signo/objeto deixa, portanto, de ser literal para ser determinada pelo filtro da atividade descritiva dos usuários da língua (Marcuschi, 2003). O objeto *filtrado* pelo sujeito não é o objeto mundano, mas o *objeto-de-discurso*, definido da seguinte forma por Apothelóz e Reichler-Béguelin (1995):

[...] façamos chegar nosso esforço de modernização não sobre as metamorfoses que afetam os objetos do mundo extralingüísticos, mas sobre aquelas que afetam a bagagem de conhecimento do qual dispõem, a cada momento do discurso, os interlocutores, a propósito de um referente dado, bagagem de conhecimentos que constitui a identidade do objeto-de-discurso.

Esse conceito não implica negar a existência do mundo exterior à mente humana, mas implica entender que esse mundo adquire significados diferentes, determinados não só pela individualidade dos sujeitos como pelo contexto da prática social vivenciada por esses sujeitos.

Como exemplo desse processo, tomemos a palavra *sindicalista*. Se pedíssemos a três indivíduos que conceituassem esse signo, poderíamos ter três diferentes respostas:

1. representante dos trabalhadores;
2. baderneiro;
3. pelego.

Tais conceitos emergem do *contexto* no qual se encontra cada um desses sujeitos: os papéis sociais que eles desempenham, o objetivo que têm, o lugar social e o momento histórico em que se encontram, as características socioculturais, o gênero

textual em jogo.

Os exemplos referentes aos conceitos em foco constantes neste trabalho foram retirados de pareceres, gênero textual de circulação restrita ao âmbito do Poder Judiciário. Esse gênero pode ser descrito como a manifestação dos procuradores de Justiça sobre processos criminais ou cíveis, a pedido de uma determinada autoridade.

Ao se manifestar, o procurador de Justiça posiciona-se sobre o caso, baseando-se na legislação vigente, na jurisprudência e nas informações constantes do processo. A despeito de sua notória importância, o parecer tem caráter opinativo, o que significa que as soluções nele apontadas não são obrigatórias.

A forma do texto é basicamente esta:

- a) cabeçalho: identificação do número do processo e das partes envolvidas;
- b) vocativo;
- c) relatório (histórico do caso);
- d) análise dos fatos;
- e) conclusão.

Os produtores dos textos utilizam o padrão formal da língua, com a presença abundante de vocábulos pertencentes ao mundo jurídico.

3. A constituição do modelo textual

Para Koch (2003), o modelo textual é constituído dos seguintes processos de referenciação:

- a) construção: introdução de um *objeto textual* antes não mencionado, o qual passa a ocupar um lugar cognitivo na rede conceitual do modelo de mundo textual;
- b) reconstrução: reativação, na memória, de um objeto já introduzido. Essa reativação é feita por meio de uma forma referencial;
- c) desfocalização: introdução de um novo objeto-de-discurso, que irá ocupar o lugar daquele anteriormente em foco.

Segundo essa autora, a repetição desses processos estabiliza o modelo textual, que, no entanto, é freqüentemente reelaborado pela ocorrência de novas referenciações. É uma concepção que nos parece coadunar-se com a idéia de *memória discursiva* de Achard (1999), para quem “[...] a hipótese de uma construção discursiva do sentido é certamente discutível, mas parece frutífera, pela abertura às práticas que podemos estudar ao nível da dialética entre repetição e regularização”.

Vejamos, no exemplo 1, como se dá esse processo de construção e reconstrução dos objetos-de-discurso:

1. *Fulano de tal* (A), qualificado devidamente nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, II e IV [...]. Consta da denúncia que a vítima encontrava-se em sua residência juntamente com a amásia, à espera do almoço, quando chegou o *denunciado* (B), trocou algumas palavras



com a vítima e apanhou uma faca de cozinha, vindo a desferir-lhe duas facadas. Consta da exordial acusatória que o crime foi impellido por motivo fútil, visto que o *acusado* (C) [...].

O texto inicia-se com a *construção* de um objeto-de-discurso (A), que é *reconstruído por recategorização* (B e C). É importante observar que a seleção lexical feita pelo autor não é aleatória, mas segue uma lógica pertinente ao gênero textual em questão e exige a ativação de conhecimentos prévios por parte do leitor. *Denunciado* é uma palavra que não apenas substitui o nome de uma pessoa (“Fulano de Tal”), mas também opera uma ressemantização, já que indica a condição na qual essa pessoa se encontra. A segunda recategorização passa o *denunciado* à condição de *acusado*. A seqüência em que tais palavras foram utilizadas segue a mesma ordem estrutural do texto: primeiramente, “Fulano de Tal foi *denunciado*[...]” e em seguida, “[...] consta da exordial *acusatória*[...]”.

Nesse primeiro exemplo, a construção do objeto-de-discurso não está *ancorada*, isto é, o referente foi introduzido de maneira inédita no texto. Vejamos, no entanto, o próximo exemplo:

2. Por fim, depreende-se de todo o processado que houve perseguição aos agentes, pela polícia, através do acionamento do Copom, que logrou êxito em prendê-los porque o condutor do *veículo* perdeu o controle da direção, imobilizando-o.

A ativação do referente *veículos* é *ancorada*, ou seja, é facilmente associada pelo leitor ao contexto sociocognitivo estabelecido pela palavra *perseguição*. Nesse caso, há uma relação meronímica, em que *veículos* pode ser entendido como um “ingrediente” de *perseguição*. Marcuschi (2000) define esse processo, chamado *anáfora indireta*, como “[...] o fenômeno textual de expressões nominais definidas ou pronomes interpretados referencialmente sem que lhes corresponda um antecedente (ou subsequente) explícito no texto”. No exemplo 3, essa mesma associação pode ser feita entre *peritos* e o contexto estabelecido pela expressão *prova técnica*:

3. A prova técnica produzida pelo Instituto de Criminalística não é categórica para que, com base nela, se chegue ao reconhecimento de culpa por parte do recorrente. Em sua fase conclusiva, os *peritos* assim se posicionaram [...]

Outro tipo de introdução ancorada são as nominalizações, que ocorrem quando uma proposição é retomada sob a forma de uma entidade. Por exemplo:

4. Com efeito, a parte postulante dos benefícios da Justiça gratuita exibiu documento de conteúdo probatório, como as declarações da Receita Federal, que já demonstram a impossibilidade de suportar o ônus do recolhimento das custas processuais. *Tal circunstância* presume a impossibilidade de situação financeira para os encargos judiciais [...]

5. Fulano de Tal, qualificado nos autos, foi denunciado pela prática de furto qualificado pelo concurso de agente, acusado de ter subtraído uma bicicleta [...] A *denúncia* foi ofertada pelo órgão de execução do Ministério Público.

Até aqui vimos exemplos de formas de *ativação*, isto é, de introdução de novos referentes no texto. Veremos agora como se dá a *reativação*, que mantém em foco um objeto-de-discurso introduzido anteriormente. Esse processo se opera por meio de recursos gramaticais (pronomes, numerais, advérbios etc.) ou lexicais (sinônimos, hiperônimos, nomes genéricos etc.).

No trecho seguinte, a reativação é feita por meio do pronome oblíquo. Observemos que o texto progride, mas a reativação mantém o foco no objeto-de-discurso:

6. Fulano de Tal foi denunciado pelo órgão de execução do Ministério Público [...] pela prática de homicídio culposo [...] Com os trâmites normais do feito, chegou-se à sentença final, reconhecendo-o como culpado e criminalmente responsabilizando-o com a reprimenda de dois anos de detenção.

Convém salientar que o processo anafórico não se resume à substituição de um nome por um pronome equivalente em gênero e número. Vejamos o que acontece no exemplo 7:

7. A vítima que sobreviveu e que no momento do acidente era transportada na “garupa” da motocicleta pilotada pela vítima fatal deu a versão de que *eles* usavam a mão de direção correta.

Nesse caso, os referentes “vítima que sobreviveu” e “vítima fatal” são retomados pelo autor como “eles”, possibilidade que se explica por ser uma construção discursiva e não apenas um aspecto da microestrutura textual. É o mesmo que acontece em:

8. Tal afirmativa é sempre contrariada pelo recorrente e ainda pela testemunha que mais próxima estava quando do acidente e foi categórica em afirmar estarem as vítimas, quando por *ele* cruzaram, andando na contramão de direção.

É importante lembrar que, de acordo com Koch (2003), muitas vezes a falta de clareza em relação a qual objeto-de-discurso se dá a referenciação pode causar problemas de ambigüidade, como nos exemplos a seguir:

9. Por outro lado, ao contrário do que afirmam os apelantes, não é o caso de se excluir qualquer deles do pólo passivo da ação. Primeiro porque o veículo é de propriedade do *primeiro*, conduzido pelo *segundo*, filho menor *daquele*.

10. O réu portava um pacotinho de cocaína. No meio do caminho, parou o carro para cheirá-lo.

Informações Variadas

11. O ilustre advogado Fulano de Tal impetrou ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar em favor de Beltrano de Tal, alegando, em síntese, encontrar-se *ele* submetido a constrangimento ilegal.

Finalizando, gostaríamos de lembrar dois aspectos. O primeiro é que, em certos casos, as expressões nominais referenciais, ao parafrasear um objeto-de-discurso já citado, contribuem para facilitar o trabalho do leitor/intérprete:

13. O adolescente representado praticou uma infração grave, qual seja, *um crime hediondo*, cometido mediante violência à pessoa da vítima.

No exemplo acima, a paráfrase não é apenas uma repetição pura, mas uma repetição que traz em si uma modificação no referente. Poderíamos mesmo dizer que, nesse caso, ocorre uma anáfora especificadora por meio de uma seqüência hiperônimo (“infração grave”)/hipônimo (“crime hediondo”).

O segundo aspecto que queremos reforçar é que, do ponto de vista da referenciação, não existe a relação direta entre a palavra e o objeto-no-mundo. É isso que torna possível a construção de um enunciado como este:

14. [...] acidente que envolveu o veículo Variant conduzido pelo *falecido*, o qual não portava a devida habilitação.

4. Conclusão

Os estudos sobre o problema da referenciação são relativamente recentes. No entanto, a multiplicação dos autores que têm se dedicado ao tema comprova sua importância. Optamos aqui por uma abordagem cognitivista do assunto, o que não implica desconsiderar a existência de outros pontos de vista igualmente interessantes.

O recorte que fizemos obrigou-nos a abandonar alguns aspectos importantes, como a questão da memória discursiva e a dos dêiticos. Esperamos, no entanto, ter contribuído de alguma forma para demonstrar a necessidade de se retirar o estudo dos procedimentos anafóricos do nível puramente textual para o nível do discurso.

Bibliografia

ACHARD, Pierre. Memória e produção discursiva do sentido. In: ACHARD, Pierre *et al.* *Papel da memória*. Campinas: Pontes, 1999.

APOTHÉLOZ, Denis; REICHLER-BÉGUELIN, Marie-José. *Construction de la référence et stratégies de désignation*. Tradução de Maria Leticia Meira. In: BERRENDONNER, A. e M-J. REICHLER-BEGUELIN (eds), 1995: 227-271.

KOCH, Ingedore G. Villaça. *Referenciação: construção e reconstrução de objetos-do-discurso*. III Congresso Internacional da ABRALIN, 2003.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Categorização e referenciação*

como atividades sócio-cognitivas. III Congresso Internacional da ABRALIN, 2003.

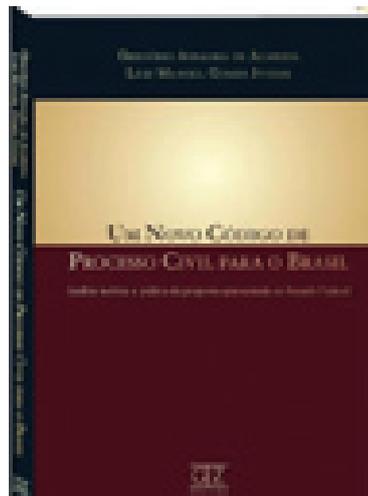
MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Anáfora indireta: o barco textual e suas âncoras*. IV Jornada do CelSul, Universidade Federal do Paraná, 2000.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Aspectos da progressão referencial na fala e na escrita no português brasileiro*. (Texto apresentado no “Colóquio internacional – a investigação do português em África, Ásia, América e Europa: balanço e perspectivas”, Berlin, Alemanha, 1998).

MONDADA, Lorenza. e DUBOIS, danielle. Construction des objets de discours et categorisation: une approche des processus de référenciation. Tradução de Maria Leticia Meira. In: *TRANEL*. 23(1995): 273-302.ed. por BERRENDONNER, A. e M-J REICHLER-BEGUELIN.

INDICAÇÃO DE OBRA JURÍDICA

FOTO: DIVULGAÇÃO



Livro **Um novo Código de Processo Civil para o Brasil - A análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal**, de autoria do promotor de Justiça do

Ministério Público de Minas Gerais Gregório Assagra de Almeida e do jurista Luiz Manoel Gomes Junior.

Comentário dos autores: É elogiável a iniciativa do Senado Federal e dos renomados juristas que compuseram a Comissão designada para a elaboração da proposta de um Novo Código de Processo Civil para o Brasil.

Este ensaio reflexivo não pretende negar o significativo valor intrínseco do trabalho realizado. Também não se coloca em dúvida a capacidade intelectual da Comissão de



FOTO: ALEX LANZA



FOTO: ARQUIVO PESSOAL

Juristas, responsável pelo Anteprojeto agora apresentado ao Senado Federal. Pretende-se, isso sim, contribuir para novas reflexões teóricas e práticas que possam ter alguma utilidade no plano do amadurecimento das discussões e o aperfeiçoamento da proposta de Novo CPC para o Brasil.

Não podemos deixar de registrar que há riscos na criação de um novo Código de Processo Civil para o Brasil sem estudos de fatos e prognoses. Parcela respeitável da doutrina tem ressaltado ser indispensável o respaldo em dados estatísticos que possam realmente apontar, no plano do sagrado direito fundamental de acesso à justiça, quais são os reais pontos de estrangulamento do direito processual civil brasileiro.

Foi justamente com o desiderato de contribuir para a abertura de novos horizontes em torno da codificação em debate que os autores elaboraram esta obra, que em sua essência apresenta reflexões teóricas e práticas em torno da discussão que envolve uma nova proposta de Código de Processo Civil para o Brasil.

Procuramos analisar os pontos principais da nova proposta de Código de Processo Civil para o Brasil, consistente no Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado Federal, indicando as diretrizes apresentadas pela Comissão para a sua elaboração e apresentando algumas críticas em torno dessas diretrizes.

Espera-se, com isso, que o livro tenha boa acolhida pelo público leitor e seja útil para os fins propostos.

Informações: www.editoragz.com.br

INDICAÇÃO DE OBRA DE OUTRA ÁREA

ZORSI, Jaime. **Guia prático para ajudar crianças com dificuldades de aprendizagem: dislexia e outros distúrbios**. São Paulo: Editora Melo, 2008.

Uma realidade não raro presente, mas nem sempre bem compreendida pelos pais e pelos educadores, a dislexia é um distúrbio de aprendizagem que afeta as habilidades da Linguagem, em especial a da leitura. Segundo explica o autor:

Outras dificuldades em linguagem podem estar associadas, como falhas na soletração e na ortografia. Com frequência, os disléxicos exibem uma dificuldade significativa para compreender a estrutura sonora das palavras, ou seja, para identificar os fonemas separadamente. Também ocorre uma dificuldade para aprender a correspondência entre os fonemas e as letras que os representam.

Tais limitações estão presentes apesar da inteligência normal, de escolarização adequada, de ausência de déficits de audição ou visão, e um ambiente socio-cultural favorável (p. 8).

Além da dislexia, vários outros problemas podem estar relacionados à fase escolar da criança, como transtornos globais de desenvolvimento (ex. autismo e deficiência mental) e outras formas de distúrbios específicos de aprendizagem manifestados, por exemplo, na compreensão e expressão da linguagem oral, disgrafia (dificuldade de lidar com a escrita) ou a discalculia (dificuldade de lidar com números).

O manual, escrito em termos simples e didáticos, tem o claro propósito de auxiliar tanto a escola quanto a família a identificar alterações no processo de aprendizagem das crianças, apresentando informações úteis a fim de superar estes e outros fatores que podem interferir na aquisição e no desenvolvimento da aprendizagem e linguagem.

STENDHAL. **Vermelho e o Negro, O**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

Trata-se de um clássico da literatura francesa (*Le Rouge et le Noir*) escrito por Stendhal, o “[...] mais famoso dos 171 pseudônimos de Marie-Henri Beyle que, embora tenha sido um dos maiores escritores franceses do século XIX, só teria seus méritos literários reconhecidos no início do século XX” (p. 11).

A obra é uma crítica direta e eloqüente à sociedade francesa no auge do século XIX em relação aos seus hábitos e aspectos morais deturpados, segundo a visão do autor. Para Stendhal, a sociedade francesa, em especial a parisiense, é marcada por uma hipocrisia reinante e por uma busca desmedida por ambição, extraindo desse cenário profundos questionamentos acerca da relação ética *versus* conquista do poder.

Informações Variadas

Tem como grande protagonista o jovem e simples Julien Sorel, o qual, de forma nada ortodoxa, busca atingir o sucesso por meio da carreira eclesiástica, envolvendo-se em relacionamentos extraconjugais e vendo-se ainda obrigado a conviver entre uma burguesia provinciana e uma falsa aristocracia.

A narrativa do autor é perspicaz, rica e entrecortada, proporcionando ao leitor uma indescritível “viagem” ao ambiente de época. Contudo, é uma “viagem” que percorre um caminho cheio de falsas pistas, uma vez que o autor, por meio de recursos literários, brinca com o leitor e o conduzindo por um labirinto dentro do próprio enredo. A exemplo disso, mesmo o significado do nome da obra *O Vermelho e o Negro* é palco de variadas suposições e hipóteses diversas.

O discurso político e a veia literária foram magistralmente entrelaçados nessa obra, assumindo o livro um tom de severa oposição ao então regime jurídico-político francês, sem abandonar, contudo, o compromisso caracteristicamente assumido pelas grandes obras-primas da literatura.

Enfim, o sempre polêmico autor deseja retratar, em cores vivas, uma sociedade moralmente decadente, sendo a obra permeada por uma incrível riqueza de detalhes que agrada não somente àqueles que se interessam por uma boa literatura, mas, também, a um público que se compraz no estudo da história, tanto das sociedades, quanto das instituições.

