



MATÉRIA ESPECIAL
O CNMP e o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro
Emerson Garcia

ENTREVISTA
Mário Frota

CONTEÚDO
Direito Público, Coletivo, Civil, Penal e Informações Variadas

APRESENTAÇÃO

CARÍSSIMOS AMIGOS,

Esta edição traz o artigo de Emerson Garcia, Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, sobre a atualíssima discussão acerca da uniformização do Ministério Público brasileiro. Destaco também a entrevista concedida pelo ilustre Professor Mário Frota.

Aproveito e convido todos a contribuir com artigos para as futuras edições.

Espero que nossos leitores desfrutem do material cuidadosamente selecionado, com o intuito de manter um constante diálogo entre prática e teoria, proporcionando uma leitura agradável e ao mesmo tempo rica de informações.

Boa leitura!

Rogério Filippetto de Oliveira
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

CONSELHO EDITORIAL

Conselheiros

Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento

Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

Conselheiros Convidados

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Investigador sênior – Centro de Estudos Sociais - Coimbra / Portugal)

Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha) *in memoriam*

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)

Prof. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, EUA)

Prof. Vittorio Manes (Universidade de Salento – Itália)

Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do STJ)

Desembargador João Cancio de Mello Junior (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais)

Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)

Prof^a. Djanira Maria Radamés de Sá (Faculdade Pitágoras, Uberlândia)

Procurador da República Elton Venturi (Curitiba/PR)

Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG)

Prof. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná)

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)

Prof^a. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna)

Prof. Leonardo Silva Nunes (Escola Superior de Negócios de Belo Horizonte)

Prof. Luciano José Alvarenga (Professor no Centro de Atualização em Direito (CAD), Universidade Gama Filho, Pesquisador Filiado à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência {SBPC})

Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo)

Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna)

Prof^a. Maria Garcia (PUC/SP)

Prof^a. Maria Tereza Aina Sadek (USP)

Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG)

Prof^a. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)

Prof. Nelson Nery Junior (PUC/SP)

Prof. Nilo Batista (UERJ)

Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro)

Prof^a. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro)

Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)

Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)

Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)

Promotora de Justiça Cristina Godoy de Araújo Freitas (Estado de São Paulo)

Promotor de Justiça José Roberto Marques (Estado de São Paulo)

Promotor de Justiça Dermeval Farias Gomes Filho (Distrito Federal e Territórios)

Promotor de Justiça Luciano Coelho de Ávila (Distrito Federal e Territórios)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procurador de Justiça Rogério Filippetto de Oliveira

**COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS
E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL
Alessandra de Souza Santos

PROJETO GRÁFICO
João Paulo de Carvalho Gavidia
Camila Carvalho (Estágio Supervisionado)
Victor Duarte Fioravante (Estágio Supervisionado)

DIAGRAMAÇÃO
João Paulo de Carvalho Gavidia
Victor Duarte Fioravante (Estágio Supervisionado)

CAPA
João Paulo de Carvalho Gavidia
Victor Duarte Fioravante (Estágio Supervisionado)
Fotografia: Alex Lanza
Local: Diamantina

SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS
Helena Carvalho Moysés
Ricardo Naves Silva Melo

INDICAÇÃO DE OBRAS
Ricardo Naves Silva Melo

REVISÃO
Patrícia Brandão Cordeiro
Leonardo Ribeiro Mota (Estágio Supervisionado)
Lorena Coelho da Fonseca (Estágio Supervisionado)

SUMÁRIO

MATÉRIA ESPECIAL

- 9** O CNMP e o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro
Emerson Garcia

ENTREVISTA

- 11** Entrevista com Mário Frota

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII (1991/2006); Director do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra; Fundador e primeiro presidente da Associação Internacional de Direito do Consumo / Association internationale du Droit de la Consommation (AIDC); Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APCD).

DIREITO PÚBLICO

Constitucional, Administrativo e Institucional

Artigos:

- 15** **PEC dos recursos**
Fábio Galindo Silvestre
- 18** **Critério de promoção por merecimento e abordagem constitucional**
César Augusto dos Santos
- 22** **Princípio da insignificância, irregularidade administrativa e improbidade administrativa**
Carlos Henrique Bicalho

Jurisprudências:

- 23** *TJMG - 8ª Câmara Cível. Improbidade administrativa: aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade da pena*
- 24** *TJMG - 1ª Câmara Cível. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos causados ao erário*
- 24** *TJPE - 1º Grupo de Câmaras Cíveis. Impossibilidade de majoração de alíquota por dispositivo legal inconstitucional*

Sugestões de Leitura:

- 24** **Obra doutrinária:** COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 25** **Artigo:** FRANÇA, Nadielson Barbosa da. *Controle principiológico na Administração Pública. Uma (re)definição da legalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2959, 8 ago. 2011.
- 25** MACHADO, Rodrigo de Oliveira. *Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011.

DIREITO COLETIVO

Material e Processual

Artigos:

- 26** **Panorama e tendências sobre a tutela jurisdicional de direitos coletivos**
Leonardo Silva Nunes e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
- 30** **A extensão do elemento normativo "floresta", constante do tipo penal descrito no artigo 38 da Lei nº 9.605/98**
Hébia Luiza Machado

Jurisprudências:

- 31** *TJMG - 1ª Câmara Cível. Direito do idoso de receber atendimento digno e adequado de saúde: dever do Poder Público e garantia constitucional.*
- 32** *STJ - 2ª Turma. A prescindibilidade da averbação da reserva legal para fins de gozo da isenção fiscal prevista no art. 10, II, a, da Lei n. 9.393/1986.*

Sugestões de Leitura:

- 33** **Obra doutrinária:** COSTA, Sandro Luiz da . *Gestão Integrada de Resíduos Sólidos Urbanos: Aspectos Jurídicos e Ambientais*. 1. ed. Aracaju: Evocati, 2011. v. 1.
- 33** **Artigo:** DINO NETO, Nicolao. *Introdução ao estudo das infrações administrativas ambientais*. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais , Ano 16, Volume 62, abr.-jun. de 2011

DIREITO CIVIL *Material e Processual*

Artigos:

- 34** **Eficácia da sentença penal absolutória e condenatória no juízo cível**
Vinicius Gonçalves Rodrigues
- 41** **A razoável duração, a efetividade e o “tempo” do processo: qual é o tempo do processo civil brasileiro?**
Guilherme César Pinheiro

Jurisprudências:

- 47** *TJMG - 9ª Câmara Cível. O não cumprimento da função social de um imóvel rural não justifica a sua invasão por grupos sociais*

Sugestões de Leitura:

- 47** **Obra doutrinária:** DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- 48** **Artigo:** THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Seguro de responsabilidade civil – Disciplina material e processual*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 12, v. 46, p. 299-321, abr./jun. 2011.

DIREITO PENAL *Material e Processual*

Artigos:

- 49** **A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro**
Jadir Cirqueira de Souza
- 58** **Urbanismo: pequena abordagem do crime de pichação**
Cristovam Ramos

Jurisprudências:

- 60** *TJMG - 6ª Câmara Criminal. É incompatível a aplicação do princípio da insignificância em crimes violentos, independentemente do valor material do bem ofendido*
- 60** *STJ - 5ª Turma. A razoabilidade na aplicação de medida assecuratória*

61 TRF - 1ª Região - Terceira Turma. **Moeda falsa: crime contra a fé pública descaracteriza mínima ofensividade da conduta do agente**

Sugestões de Leitura:

61 **Obra doutrinária:** ALVIM, J. E. Carreira. *Operação Hurricane: um juiz no olho do furacão*. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

62 **Artigo:** WOHLERS, Wolfgang. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, v. 90, p. 97-107, mai./jun. 2011.

ASSUNTOS VARIADOS

63 **O Ministério Público no controle das atividades militares no Brasil**
Normélia Miranda e Geraldo Maurício Faria Rocha

67 **A dependência grave do álcool e do crack e o atendimento na rede pública de saúde mental**
Renata Iara Santiago Ribeiro

71 **Normas de publicação**

MATÉRIA ESPECIAL

O CNMP e o objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro

Emerson Garcia

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça (2005-2009). Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda)

Discussões em torno da uniformização das distintas estruturas de poder que integram o Ministério Público brasileiro ou, o que é mais comum, a adequação dos vinte e seis Ministérios Públicos Estaduais ao paradigma de análise oferecido pelo Ministério Público da União são temas recorrentes no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). O debate costuma ser alimentado pelas similitudes existentes entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, este último caracterizado pela existência de um regime jurídico uniforme para todos os seus membros, o que torna a tentativa de uniformização, aos olhos de muitos, um fim a ser sempre perseguido em ambas as estruturas orgânicas. O objetivo dessas breves linhas é chamar a atenção para o desacerto dessa conclusão.

Com os olhos voltados ao Poder Judiciário, observa-se, consoante o art. 92 da Constituição de 1988, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está inserido em sua estrutura orgânica. Isso, no entanto, não obsta que seja considerado um verdadeiro órgão de controle externo. Para tanto, basta que o paradigma de análise seja deslocado do Poder Judiciário, no qual está inserido, para as estruturas controladas e que gozam de autonomia administrativa. Nessa linha, com os olhos voltados a cada um dos tribunais existentes, o controle será, de fato, externo. O único tribunal que escapa a esse controle, até porque competente para apreciar as ações ajuizadas em face do CNJ, é o Supremo Tribunal Fe-

deral – STF (vide ADI nº 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 13/04/2005, DJ de 17/03/2006).

Outro ponto digno de nota é que o Poder Judiciário é regido por uma única lei orgânica, de iniciativa do STF e cognominada pelo art. 93, caput, da Constituição, de “Estatuto da Magistratura”. Em consequência, não obstante a inserção desse Poder no âmbito de um Estado Federal em que o Estado membro, em suas estruturas orgânicas, conta com órgãos jurisdicionais, somente a União pode legislar sobre a matéria. Os Tribunais de Justiça carecem de poder de iniciativa e as Assembleias Legislativas não podem incursionar nessa temática. Esse é um dos aspectos mais característicos da unidade do Poder Judiciário brasileiro.

Essas características existenciais do Poder Judiciário, como é possível antever, apresentam distinções substanciais quando transpostas para o Ministério Público.

Em um primeiro plano, observa-se que o CNMP, embora seja um órgão tipicamente federal, mantido, portanto, pela União, não está inserido na estrutura do Ministério Público afeto a esse ente federado. É um órgão essencialmente externo, que controla tanto o Ministério Público da União como os congêneres estaduais.

Apesar de o art. 127, § 1º, da Constituição de 1988 considerar a unidade um princípio institucional do Ministério Público, essa unidade é sensivelmente distinta daquela que caracteriza o Poder Judiciário. Este último é organizado a partir de um referencial de verticalidade, de modo que, principiando pela base, há sempre um órgão superior capaz de rever as decisões proferidas pelo órgão inferior, até que, alcançado o plano mais elevado, ocupado pelo STF, as decisões não são passíveis de serem revertidas por qualquer outro órgão. Acresça-se que o Presidente do STF é a maior autoridade do Poder Judiciário brasileiro, já que preside o Tribunal que se encontra no ápice do escalonamento funcional.

A unidade do Ministério Público, por sua vez, se desenvolve em um plano de horizontalidade. Em outras palavras, não há qualquer relação de hierarquia ou subordinação entre as distintas estruturas que integram o Ministério Público da União e os congêneres estaduais, crescendo-se que o Procurador-Geral da República não é o Chefe do Ministério Público brasileiro. Chefia, apenas, o Ministério Público da União e o Ministério Público Federal. Todas as Instituições se equivalem quando cotejadas entre si, mas cada qual exerce as atribuições que a ordem jurídica lhe outorgou sem ser influenciada pelas demais. Há, no entanto, verdadeira unidade sob a ótica funcional, sendo possível falar em um único Ministério Público, já que a Instituição, por intermédio de cada um de seus ramos, desempenha, no seu âmbito de atuação, as funções institucionais que lhe foram atribuídas pelo texto constitucional. É justamente o princípio da unidade que legitima a atuação do Ministério Público Federal, junto aos Tribunais Superiores, nas ações ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estaduais, ou mesmo naquelas em que intervieram no âmbito da Justiça Estadual. Não fosse assim, não poderia ser suprimida a atuação dos órgãos estaduais.

Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, que conta com um Estatuto da Magistratura, de iniciativa do seu órgão de cúpula, o Ministério Público não possui um Estatuto do Ministério Público brasileiro e muito menos um órgão de cúpula que possa propô-lo ao Poder Legislativo. Nesse particular, a distinção é substancial. E qual foi a técnica adotada pela Constituição de 1988? Entre os extremos da unidade normativa, sujeitando o Ministério Público brasileiro a uma única e mesma lei, e da total ausência de regramentos comuns, optou por uma via intermediária. Em outras palavras, apesar de o Ministério Público da União e de cada Ministério Público Estadual contar com a sua própria Lei Orgânica, foi estabelecido que os últimos deveriam permanecer adstritos aos balizamentos oferecidos pelas normas gerais editadas pela União. A Constituição de 1988, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, dispôs que seriam de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratassem da organização do Ministério Público da União, facultada igual iniciativa ao Procurador-Geral da República, ou que veiculassem normas gerais para a organização do Ministério Público dos

Estados (arts. 61, § 1º, II, “d”; e 128, § 5º). Acresceu, ainda, que leis complementares da União e dos Estados, observadas, em relação aos últimos, as normas gerais veiculadas pela União, estabeleceriam a “organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” (art. 128, § 5º). Com isso, todo e qualquer ramo do Ministério Público teria uma lei complementar que o regeria. É perceptível, desse modo, que o sistema constitucional reconheceu a diversidade como uma característica inerente ao Ministério Público. Com os olhos voltados às instituições estaduais, é possível afirmar que só há uniformidade em relação às matérias em que a norma geral assim o desejou.

A partir dessa premissa, é possível afirmar que o objetivo do Conselho Nacional do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, jamais pode ser o de estabelecer uma “uniformidade deformante”. E isso por uma razão muito simples: a alegada uniformidade somente será alcançada se for alargado o alcance da norma geral editada pela União, que deve ser necessariamente veiculada em lei, de iniciativa privativa do Presidente da República. Conclui-se, desse modo, que a “uniformização” será alcançada à custa da “deformação” da ordem constitucional.

É possível afirmar que a uniformização é um objetivo natural em relação ao Poder Judiciário, estrutura verticalizada e regida por uma única lei orgânica. Não o é, no entanto, para o Ministério Público. Ainda que não o seja sob o prisma ôntico, não é de se excluir, ao menos no plano argumentativo, a possibilidade de a União ampliar de tal modo as normas gerais que venha a reduzir, consideravelmente, a liberdade de conformação do legislador estadual. O que não nos parece possível é que o CNMP, absorvendo competências próprias do Presidente da República e do Congresso Nacional, venha a ampliar o rol de “normas gerais” e, conseqüentemente, reduzir o alcance das leis complementares que regem cada uma das Instituições estaduais.

Parafraseando Boileau (1674), em *L’Art poétique*, espera-se que o CNMP seja, em futuro próximo, “um severo crítico de si próprio”, o que certamente contribuirá para a contenção dos excessos e a conseqüente preservação da autonomia das Instituições controladas. ■

ENTREVISTA



Mário Frota

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII (1991/2006); Directeur do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra; Fundador e primeiro presidente da Associação Internacional de Direito do Consumo / Association internationale du Droit de la Consommation (AIDC); Fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APCD).

O que é o direito do consumidor?

As definições são sempre imperfeitas ou incompletas, mas de forma singela e de modo tendencial, fixemo-nos nesta definição: É um corpo de regras que visam esbater as desigualdades, garantindo o consumidor contra os desequilíbrios resultantes da sua posição de vulnerabilidade e hipossuficiência no seio do mercado, repondo equilíbrios e assegurando a qualidade, eficácia e segurança de produtos e serviços, a sua fiabilidade e promovendo as vias adequadas para a integral reparação ou compensação dos prejuízos de que venha a padecer.

Quando surgiu a noção de que o consumidor precisa de amparo?

Há quem remonte o facto ao Código de Hammurabi, como a acervos normativos da antiguidade. Maria Lúcia Zulzke, no Brasil, o fez numa obra quase antológica "ABRINDO A EMPRESA PARA O CONSUMIDOR"; os franceses invocam a Lei de 1905 que reprime fraudes e falsificações em matéria de produtos e serviços, mas nos tempos hodiernos é no discurso sobre o Estado da Nação ao Congresso que Esther Petterson pôs nas mãos de John F. Kennedy, a 15 de Março de 1962, que se acha o marco da tutela da posição jurídica do consumidor, a justo título considerado o motor do mercado – "não há mercado sem consumidores" –, aliás, destituído, como se assinalou à época, dos mais elementares direitos ante os atropelos que sobre si mesmo se abatiam.

Como o direito do consumidor protege quem oferece o serviço ou produto consumido?

Em teoria, legislando ante os sinais que as situações correntes emitem, dotando o estatuto do consumidor de um sem número de antídotos para que as agressões de que padece sejam naturalmente reprimidas e repostos os equilíbrios essenciais ao regular funcionamento do mercado e à consecução do respeito pela dignidade do consumidor, pessoa humana. Porém, não basta legislar. O direito do consumidor é um mix: uma mescla de educação e formação para o consumo, que há que concretizar no currícula e programas escolares como nos planos extra e circum-escolares, de informação para o consumo prestada de forma nutrida e consequente, para além de dever cumprir-se pontualmente, através de estruturas habilitadas técnico-cientificamente a fazê-lo, da existência de estruturas fiáveis, operantes, eficientes de mediação e composição de litígios e de tribunais judiciais ou arbitrais que dispensem de forma célere, segura e não-oneirosa justiça para que o direito escrito e o direito observado se fundam e concorram para a superação das controvérsias e a satisfação do consumidor no mercado de consumo.

Como o direito do consumidor é aplicado na UE? A legislação é por país ou há uma legislação comum aos membros?

A aplicação do direito no seio da própria UE, em rigor, só se observa em situações de litígios transfronteiras, quando em causa duas ou mais ordens jurídicas no quadro da União. Ou se os Estados-membros não cumprirem os ditames das normas emanadas das instâncias legiferantes da

União, caso em que o Tribunal de Justiça da União Europeia é chamado a intervir de molde a condenar, como se tem por elementar, o Estado infractor a obedecer na íntegra ao prescrito.

Na UE, há diplomas legais que vinculam os Estados-membros, independentemente da sua publicação no jornal oficial de cada um deles, como sucede com os Regulamentos. E em que o direito é, pois, uniforme. As mesmas regras vigoram e vinculam os seus destinatários tanto em Oulu, na Finlândia, como em Olo, em Portugal, em Brest, na França, como em Bucarest, na Roménia.

Mas há outros diplomas, como as Directivas, que exigem a transposição das suas regras para o direito interno de cada um dos Estados-membros, pela mediação do legislador nacional.

E há, agora, 3 sortes de directivas: as minimalistas, que estabelecem um patamar mínimo a que os Estados devem obediência, sendo-lhes facultado legislar além do estatuído, mas jamais aquém do que nelas se prescreve, as directivas-quadro que propugnam uma harmonização máxima, não sendo lícito aos Estados-membros legislar para além do estatuído, e que se apresentam praticamente como regulamentos, só que exigem a sua transposição para o direito interno através de uma medida legislativa de índole nacional e, por último, as directivas híbridas que tanto se apresentam como de harmonização mínima [com a facultade de os Estados poderem oferecer níveis mais elevados de protecção], como nelas se inscrevem regras de harmonização máxima insusceptíveis de alteração pelo legislador nacional.

Se bem que em matéria de direito do consumo [direito do consumidor] a técnica seja a da normação por meio de directivas, agora mais com o carácter de directivas-quadro, também há, em determinados segmentos, regulamentos, como é sobretudo o caso no domínio da segurança alimentar, direitos dos passageiros de transportes aéreos e ferroviários, etc.

O *modus legiferandi* na UE não é nem fácil, nem sequer de apreensão expedita, e o diálogo entre as fontes de direito da UE e as dos direitos nacionais algo de complexo.

Daí que haja, em suma, neste particular, direito uniforme por via dos Regulamentos e das Directivas-quadro, como direito que se diferencia de Estado para Estado por virtude da liberdade de que cada um dos Estados-membros goza para legislar acima dos limiares mínimos estabelecidos por directivas minimalistas, sendo certo que não podem ser outorgados direitos que colidam com tais limiares reputados essenciais pela UE.

Qual a principal diferença entre o direito do consumidor português e o brasileiro?

1. Legislação

O Brasil dispõe de um Código, Portugal de inúmeras leis avulsas, esparsas, que só beneficiariam se houvesse um consequente esforço de codificação, ainda que de mera consolidação se tratasse. Mas não há esforços consequentes nesse particular. Um anteprojecto imprestável, que levou dez anos a elaborar, e é uma autêntica aberração, já está há quatro anos a marinar nos gabinetes ministeriais, sendo de todo preferível que jamais conheça a luz do dia, tal como se apresenta nas suas inconseqüências e desacertos. Temos vindo a propor, sem sucesso, porém, a edificação de um Código de Contratos de Consumo, que muito contribuiria para a inteligibilidade de um segmento dos mais relevantes do direito do consumo.

O Brasil tem, no geral, por regular, a disciplina dos contratos típicos de consumo, Portugal dispõe de diplomas legais para cada uma das espécies contratuais com larga ocorrência no mercado de consumo, editados em consequência de imperativo legal da União Europeia. Mas careceria de um Código, como se assinalou.

2. Política de consumidores

Não se nos afigura que, quer de uma das ribas do Atlântico, quer da outra, haja políticas delineadas em cada um das legislaturas. Em Portugal, para além de meras afirmações de intenção, não há uma qualquer política coerente, ajustada às necessidades e integrada nas demais políticas, já que só o descaso se observa, com notória quebra dos propósitos com que, sem entusiasmo neste particular, os candidatos se apresentam ao eleitorado. Parece que a política de consumidores não rende votos e, por isso, não polariza os políticos nem sequer vem a terreiro.

3. Suporte às actividades das instituições de consumidores

O Fundo de Direitos Difusos, no Brasil, cumpre, a seu nível, os objectivos que presidiram à sua criação, ao passo que o homólogo Fundo Português, de criação recente, “jaz morto e arrefece” ... sem qualquer prestabilidade, sobretudo para as instituições autênticas, autónomas e genuínas que intentam cumprir os seus objectivos.

Nem um só cêntimo saiu para o que quer que fosse. O Fundo em Portugal ter-se-á constituído com base em cauções não reclamadas pelos consumidores de serviços públicos essenciais, devolvidas pelas empresas e serviços respectivos.

4. Educação para o consumo

Inexiste curricularmente, tanto em Portugal, como no Brasil, nos diferentes graus e níveis de ensino, de educação e formação para o consumo.

Em Portugal, a LDC prescreve de modo emblemático, no seu art. 6.º, algo de singular, que permanece, aliás, autêntica letra morta, a despeito das pressões para que se passe do papel à acção:

1 - Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 - Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;

b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;

c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;

d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 - Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 - Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.

É certo que o Brasil dispõe agora de uma Escola Nacional de Defesa do Consumidor, mas o importante é que se formem formadores para que em termos curriculares se leve a educação para o consumo desde tenra idade às crianças, de modo sistemático, no elenco de matérias, que não de modo episódico, acidental.

5. Informação para o consumo

O Brasil dispõe, ainda que haja um fosso enorme entre o

número de municípios e o de tais estruturas, de PROCONs dotados de atribuições e competências, a um tempo, preventivas e repressivas, ao passo que os gabinetes ou centros autárquicos ao consumidor, disponíveis em Portugal, que atingem quando muito a quinta parte dos municípios, se limitam a uma mera função de informação, mediação e composição amigável de litígios de consumo. Só e tão-só.

6. Estruturas da administração pública

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), pelo que nos podemos aperceber, a despeito do reduzido quadro de pessoal, da sua considerável extensão territorial e das entidades cujas actividades patrocina, revela um índice de intervenção e de suporte bem mais expressivos que a Direcção-Geral do Consumidor (DGC) de Portugal, que tem um confortável número de agentes, o triplo, ao menos, do DPDC.

7. Ministério Público

O Brasil tem um Ministério Público imbuído de um espírito de missão pronunciado no que tange, sobretudo, à promoção dos interesses e à protecção dos direitos do consumidor. Em Portugal, se bem que com análogas atribuições [Artigo 20.º da Lei de Defesa do Consumidor (LDC) que, sob a epígrafe Ministério Público], reza:

Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores.

O Ministério Público é omissivo, abúlico, inoperante neste particular. Jamais propôs uma só acção civil pública de 1981 a 1996 [e detinha em exclusividade a *legitimatío ad causam*] e de 1996 a esta parte, e com carácter geral, nem uma só acção inibitória instaurou. E ocasiões para o efeito houve “aos pontapés”, passe a expressão.

8. Sociedade civil – associações de consumidores

O Brasil apresenta um escasso número de instituições da sociedade civil a consagrar-se à promoção dos interesses e à protecção dos direitos do consumidor.

Portugal também.

Mas temos em comum um embuste – no Brasil, a ABC – PROTESTE, em Portugal a Deco-PROTESTE, Lda., empresas que não são associações de consumidores, dependentes de uma multinacional belga, uma sociedade anónima – a EUROCONSUMERS, S.A.

Conquanto queiram fazer-se passar por tal, ou seja, por associações de consumidores. Com os logros que daí advêm.

As fragilidades da sociedade civil são patentes tanto num como noutro dos países.

E é essa debilidade que permite que empresas como a PROTESTE invadam os seus territórios sem uma rejeição frontal das instituições nativas.

9. Sociedades científicas

O Brasil dispõe de uma sociedade científica – o Brasilcon. Portugal também a associação portuguesa de Direito do Consumo (apDC), a que presido.

Nesse passo, estamos no mesmo comprimento de onda. A apDC, tal como o BRASILCON, é muito actuante, extremamente interventiva.

10. O ensino do direito do consumidor nas universidades

O Brasil tem nas universidades, em geral, na graduação, a disciplina de direito do consumidor nos seus *curricula*. Em Portugal, com excepção de uma só Faculdade, em que a disciplina é opcional, só em cursos de pós-graduação, de duvidosa qualidade nalguns casos, é que em determinadas escolas há um complexo de matérias que se lhe assemelham.

11. Revistas científicas

O Brasil dispõe de uma revista científica regular a Revista de Direito do Consumidor (RDC). Portugal também, a Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC). Com excelente matéria e óptimos colaboradores.

12. Resolução dos conflitos de consumo

O Brasil dispõe de juizados especiais em que parte substancial dos pleitos ali dirimidos é de conflitos de consumo. Portugal conta com um número reduzido de julgados de paz,

órgãos extrajudiciais da administração da justiça, decalcados embora sobre o modelo dos juizados especiais, em que o número de conflitos de consumo ali processados é exíguo. E de tribunais arbitrais voluntários com uma actividade relativamente discreta atento o volume da conflitualidade subsistente neste segmento. Mas que, a prazo, se acham condenados, os tribunais arbitrais, uma vez que a DGC já anunciou uma quebra nos financiamentos da ordem dos 80 por cento, o que os deixará à míngua de meios para custear os encargos de funcionamento, já que o acesso aos seus serviços é gratuito até ao valor correspondente ao da alçada dos tribunais de primeira instância, que é de 5.000€.

O Governo português, no entanto, com a aprovação do novo Regulamento de Custas Processuais, revogou os dispositivos da Lei de Defesa do Consumidor (LDC) que previam quer a dispensa de preparos quer as isenções de custas nos processos cujo objecto fossem os conflitos emergentes das relações de consumo, até ao limite da alçada da primeira instância, como via para uma justiça acessível e pronta, como direito fundamental do consumidor constitucionalmente plasmado. Com o que despojou o consumidor de uma das suas armas essenciais como modo de consecução da justiça nas concretas hipóteses em que os direitos se denegam.

Portugal dispõe, porém, ao invés do que ocorre no Brasil, de um instrumento extraordinário, que é o LIVRO DE RECLAMAÇÕES.

Sempre que o consumidor entenda, em face da informação que tem dos seus direitos, que há lesão ou ameaça de lesão de interesses e direitos, lavra no livro a correspondente reclamação que, nos termos legais, o fornecedor se obriga a carrear para as entidades de supervisão do mercado que procedem a averiguações e submetem, se for o caso, os autos à entidade competente para a aplicação das sanções cabíveis na circunstância.

É um figurino singular, eficiente, que merece ser seguido. ■

DIREITO PÚBLICO

Constitucional, Administrativo e Institucional

Artigos

PEC dos recursos

Fábio Galindo Silvestre

Promotor de Justiça de Minas Gerais

Especialista em Inteligência de Estado e de Segurança Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – FESMPMG

Membro do GNCOOC – Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas

Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Itaúna

Em atitude ousada e corajosa, nota distintiva dos grandes homens públicos que assumem a missão de colocar um tijolo na construção da sociedade brasileira, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, apresentou uma proposta muito simples e, na medida da singeleza, a grandeza da ideia: tornar a Justiça brasileira mais ágil, mais célere, mais rápida, equilibrando o sistema, permitindo profunda discussão de toda e qualquer questão ao mesmo tempo em que se possa, com segurança, emprestar-lhe definitividade. A ideia recebeu o nome de PEC (Proposta de Emenda Constitucional) dos recursos que deve integrar o III Pacto Republicano, firmado entre o Executivo, Legislativo e Judiciário brasileiros. É a proposta mais inteligente e mais lúcida já surgida nesse caos que é hoje a Justiça brasileira. A ideia vem ao encontro dos mais lídimos anseios de todos aqueles, profissionais e cidadãos que se aventuram na busca de abrigo, de resguardo de seus direitos ameaçados ou violados perante o Poder Judiciário. Trata-se de permitir que, em um sistema de Justiça escalonado em 4 (quatro) instâncias, em que as coisas não se resolvem nunca, ou absurdamente a destempo, possa-se, no mesmo instante, equilibrar uma discussão profunda e justa nas duas primeiras instâncias (juiz de primeiro grau e Tribunais locais) e, a partir daí, conferir-lhe nota de definitividade, reservando à terceira (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleito-

ral, Superior Tribunal Militar) e à quarta instância (Supremo Tribunal Federal) seus exclusivos papéis de decidir poucas e importantes questões de lei, em tese. O ministro não descobriu a roda, a eletricidade, o ponto de fusão do ouro, mas, com a simplicidade típica dos grandes sábios, enxergou o óbvio: em uma Justiça disposta em quatro instâncias, com todos os entraves processuais e burocráticos típicos do sistema, com a diminuta estrutura material e pessoal para fazer frente a uma demanda sempre crescente, uma causa, levada às últimas consequências, não se resolve nunca.

No Brasil, existem centenas de milhares de decisões judiciais pendentes, mas estas não tocam a vida das pessoas porque seus efeitos estão sempre suspensos, pendentes, aguardando o julgamento de mais um recurso até o infinito. É como se não existissem. É uma justiça surreal, que consagra o malfadado “ganhou, mas não levou”. Nem um mago, um sábio, uma vidente ou um profeta consegue dizer quando um processo, iniciado, hoje, vai acabar. Por isso, decidiu o nobre Ministro romper com o comodismo, no qual poderia perfeitamente se encastelar e, mostrando-se um magistrado com “M” maiúsculo, lançou-se no oceano da busca de soluções para o mais grave entrave da Justiça brasileira, enfrentando o balançar das ondas que naturalmente virão. Na condição de presidente da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal decidiu tocar a ferida e provocar os espíritos acomodados, aceitando a arena do debate e se dispondo a receber críticas de toda sorte, na grande maioria acintosamente arquitetadas, interessadas e desprovidas de conteúdo, em nome de um bem muito maior: a efetividade da Justiça brasileira e a proteção real e efetiva do jurisdicionado. Não é novidade para ninguém que, em todas as secretarias judiciais, de todas as instâncias, de todas as Justças brasileiras, estadual, federal, militar, trabalhista, eleitoral, milhares de processos e, dentro deles, muito mais importante, milhares de pessoas, famí-

lias, crianças, idosos, empresas, grupos sociais, enfim, milhares de destinos agonizam à espera de uma decisão judicial definitiva que nunca vem. A Justiça brasileira padece de uma crise insuperável de efetividade da jurisdição. É a eternização dos processos. E a proposta do Ministro vem a calhar. É um alento para aqueles que aprenderam nos bancos acadêmicos, como primeira lição, no primeiro dia de aula da Faculdade de Direito, que o Poder Judiciário – a jurisdição – tem como escopo magno, fim maior, a pacificação social. Em reforço às palavras do Ministro, é possível afirmar sem medo de errar: a pacificação social vem mais pela nota de definitividade da decisão do que propriamente pela justiça ínsita nessa decisão. Justiça é um conceito fluido, o que é justo para um não é justo para outro. O que é justo em determinado momento histórico não o é em outro. Essa discussão será eterna. Evolve com a evolução social; é cambiante. Definitividade, não. É um valor certo.

Uma nota marcante que aplaca os ânimos em confronto. É uma certeza que acalma o ambiente social. É segurança para as pessoas. Melhor uma resposta definitiva, positiva ou negativa, do que a angústia da incerteza, da indecisão. Apesar de parecer estarecedor, eis a realidade, mas muitos temem falar. Valioso exemplo reforça o exposto. Em recente julgamento que já compõe a história da Justiça brasileira, perante o Supremo Tribunal Federal, a nação viveu uma agonizante espera da decisão sobre a validade da “lei da ficha limpa” para as eleições de 2010. Durante os oito meses em que a questão ficou sem conclusão, a insegurança se instalou e a sociedade ficou em crepe. Eleitores, candidatos alcançados pela lei, candidatos que se beneficiariam da saída dos adversários, juristas, juizes, advogados, promotores, desembargadores, ministros, acadêmicos, cronistas, cientistas políticos, padeiros, carpinteiros, engenheiros, enfim, toda a sociedade brasileira permaneceu à espera da decisão, em clima de evidente tensão. Os ânimos estavam exaltados. Na ocasião, tinha-se a sensação de que a expectativa social era de validação da lei. Todavia, o voto de desempate do Ministro Luiz Fux foi proferido em sentido contrário. A discussão imediatamente cessou.

Bem ou mal, justa ou injusta, a decisão, fato consumado, aplacou os ânimos incandescentes. Não é preciso ir longe, basta ler Nelson Rodrigues em *A vida como ela é*. Nosso dia a dia é repleto de momentos de incertezas e indecisão – sobre pendências pessoais, amorosas, profissionais. Todos somos unânimes em preferir uma resposta definitiva, ainda que contrária a nossa expectativa, a esperar *ad aeternum* algo que nunca vem. A pendência posterga a vida. O simples fato de existir uma decisão definitiva permite que os caminhos se construam, que a realidade seja vivida. Poder-se-ia questionar, por último: então, quer dizer que a justiça, agora, vai ser feita de qualquer jeito, de afogadilho; as decisões judiciais serão tomadas “no palitinho”, na roleta, no sorteio, no jogo de dados, no melhor estilo do “seja o que Deus quiser”? E a resposta seria um sonoro

não. Continuam vigentes todos os postulados constitucionais. Qualquer pessoa que estiver em qualquer dos polos de um processo, como autor ou réu, em demanda cível, criminal, trabalhista, tributária, eleitoral, manterá íntegros seus direitos ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade das partes, enfim, ao devido processo legal. Poderá falar, apresentar provas, argumentar, protestar. Ao final será julgado por um juiz independente, imparcial, com o dever de fundamentar suas decisões, tudo exatamente como acontece hoje e como mandam os postulados de um Estado Social e Democrático de Direito. E caso a decisão do juiz seja contrária, embora tudo isso assegurado, ainda há algo a fazer? Sim. A parte inconformada terá seu direito ao recurso, livre acesso à instância superior. O duplo grau de jurisdição permanece intocável, absolutamente assegurado, podendo aquele que se acha injustiçado levar a questão ao Tribunal e apresentar todas as razões de seu inconformismo. Somente então, depois de ultrapassado um processo como este, em que assegurados todos os direitos das partes, inclusive com discussão no segundo grau, no Tribunal, a questão decidida ganha nota de definitividade. Os Tribunais Superiores, então, terceira e quarta instâncias, reservam-se para cumprir sua pura missão constitucional: unificar a interpretação de lei federal ou de norma constitucional, em tese, até porque fatos não mais se discutem nessas instâncias, como hoje já sedimentado por remansosa jurisprudência desses próprios Tribunais.

O sistema é fantástico, equilibrado. Na medida em que se asseguram todos os direitos constitucionais das partes na primeira e segunda instâncias, assegura-se também a efetividade da jurisdição, o cumprimento da decisão, a definitividade e indiscutibilidade da questão levada ao Poder Judiciário. Como já dito, vozes já se levantaram contra a proposta. Todas elas, sem exceção, limitam-se a criticar pelo simples gosto de criticar. Apresentam riscos em uma política do terror, mencionando casos isolados de possíveis erros judiciais, esquecendo-se dos milhares e milhares de decisões prolatadas, todos os dias, com acerto. A justiça perfeita, imune à mínima possibilidade de erro é quimera, utopia. Ainda que escalonada em dez instâncias, a possibilidade de erro ainda existirá, pois é imanente à nobre função de julgar. Sejamos realistas. Todas as críticas até o momento levantadas são meramente destrutivas e, nem de longe, apresentam solução factível para o grave problema; críticas sem fundamento jurídico mais aprofundado que não resistem a um leve sopro de contra-argumento e – o mais grave – que se mostram completamente dissociadas da aspiração social. Isso sob a bandeira de pseudogarantistas de valores constitucionais, que, aliás, não estão sob ameaça, pois o pressuposto da proposta é justamente assegurar o devido processo legal e as garantias processuais das partes. A maioria dos que criticam o fazem pelo simples prazer de criticar; a crítica pela crítica – “o verbo pelo verbo” – ou, particularmente, beneficia-se de um sistema lento, da eternização dos processos – “o verbo pela verba”.

Ou estão desconectados da realidade diária do foro judicial e desconhecem os efeitos deletérios do tempo sobre os direitos pendentes de concretização.

Alguns advogados que já escreveram sobre o tema afirmam que o direito à ampla defesa está correndo risco de ser suprimido, violado e, assim, os advogados, enquanto classe, seriam prejudicados pela proposta. Esquecem que, na esmagadora maioria dos casos, no polo ativo da ação encontra-se, igualmente, um advogado a postular a causa e a representar judicialmente a parte autora. Aliás, esta parte autora e seu advogado já tiveram seu direito reconhecido por duas decisões judiciais prolatadas por diferentes instâncias da Justiça brasileira e, portanto, são titulares legítimos da expectativa de ver esse direito, já reconhecido, tornar-se concreto. Nesse caso específico, atira-se contra o próprio pé. Se o direito de defesa é sagrado, e constitui garantia constitucional, o direito de ação também o é. Se um advogado está a exercer a defesa, outro está a manejar a ação. No conflito de *status* constitucional entre direito de ação e direito de defesa, ao conferir-se prevalência absoluta à defesa, suprime-se o direito de ação, haja vista que, ação sem efetividade, sem resultado prático, é o mesmo que não ação. O direito de ação, repito, como garantia constitucional fundamental, não pode ser formal, retórico; mas deve ser efetivo. E sua efetividade só será assegurada se, depois de reconhecido o direito em duas diferentes instâncias, dentro do devido processo legal, puder concretizar-se.

De qualquer ponto de vista que se olhe, os argumentos contrários à proposta são falaciosos. Nesse particular, anote-se o que, há dois séculos, o filósofo alemão, Friedrich Nietzsche (1844-1900), vaticinou: “O problema das verdades não são as mentiras, mas as convicções”. O ponto comum de todas as críticas é que nenhuma delas traz alternativa alguma ou proposta substitutiva. Nenhuma delas se honra em enfrentar o problema, o que somente reforça o acerto da PEC dos recursos, pois, até o momento, para o combate ao mal da eternização das demandas, ainda não surgiu e, certamente, não surgirá proposta melhor. Precisa a advertência do estadista norte-americano John F. Kennedy: “O progresso é uma bela palavra. Mas o seu impulso vem da mudança. E a mudança tem inimigos.”

Valioso anotar, em arrimo à proposta, que os juízes de primeiro grau, em sua imensa maioria, julgam, e julgam muito bem. A proximidade com a sociedade, com as partes, com a prova, com a causa, permite-lhes palmilhar e perquirir, como ninguém, o ideal do justo. Os Tribunais brasileiros, em segunda instância, estão muito bem servidos de desembargadores íntegros, com alta capacidade técnica e experiência necessária que os habilitam a decidir as mais altas questões sem descuidar de garantias intocáveis dos cidadãos. Na seara penal, a proposta será o mais poderoso instrumento de combate à impunidade, à protelação de sentenças penais condenatórias, atendendo à expectativa social que há décadas se colhe nos anseios dos brasileiros, conferindo efetividade ao Direito Penal, que hoje não passa de um Direito virtual, que existe, mas não repercute na vida da sociedade. No campo cível, abreviará o término das demandas coletivas, que tocam a vida de grupos sociais inteiros, em causas como aquelas que versam sobre o meio ambiente, o direito do consumidor, bem como permitirá que se instale a segurança jurídica para os direitos individuais, elemento fundamental para o desenvolvimento de um país, do mercado financeiro, de capitais, conferindo estabilidade às relações jurídicas patrimoniais. Por tudo isso, Ministro, meus parabéns! Do mais alto posto da Justiça brasileira, Vossa Excelência teve a sabedoria, a inteligência e a humildade de reconhecer o óbvio que, aliás, parece ainda não se ter descortinado para muitos que se proclamam juristas. Parabenizo-o, ainda, pela coragem de assumir, com desassombro, postura firme e ética, a qual, pelo simples fato de ser nova, naturalmente, encontrará resistências; estas, todavia, como sobredito, não se sustentam ao mais leve sopro da realidade. Meus cumprimentos por levantar sua voz em nome da verdadeira justiça, que só o é, de fato, se chega aos cidadãos, se alcança a vida das pessoas, se transforma a realidade social. O povo brasileiro agradece. Esperamos que as entidades sérias deste País, comprometidas com a mudança do quadro social, empenhadas na busca de um Estado que, verdadeiramente, esteja a serviço da sociedade, apoiem essa ideia, emprestem força a essa iniciativa e façam eco ao pleito de todos aqueles que acreditam que uma Justiça efetiva pode contribuir decisivamente para a construção da sociedade brasileira. ■

Critério de promoção por merecimento e abordagem constitucional

César Augusto dos Santos

Promotor de Justiça de Minas Gerais

Doutorando da Universidad del Museo Social Argentino

Conceito de merecimento. Reserva de lei complementar.

Este conceito não é doutrinário, mas normativo-constitucional, estando jungido ao que a Constituição¹ diz; por isso, as instituições² têm por ponto de aferição inicial os termos “produtividade”, “presteza”, “eficiência”. Há resistência da classe nas tentativas de implementação desses critérios, ensejando o manejo de diversos recursos de controle de constitucionalidade e controle administrativo – Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) / Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (arts. 103-B, § 4º, II, e 130-A, § 2º, II, da CF). As diversas formas extensivas ou restritivas do termo têm sido objeto de questionamento junto ao CNJ, CNMP, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Poder-se-iam fazer grandes divagações sobre merecimento, mas a questão ainda está *sub judice*.³ Estes elementos normativos, produtividade, presteza e eficiência, foram trazidos pela “Reforma do Judiciário”,⁴ que criou o “Conselhão” (Emenda Constitucional nº 45/2004). Merecimento é um termo que está em fase de definição (STJ e STF⁵). Delineado através das Resoluções nº 106/2010 do CNJ e nº 2/2005 do CNMP, que inclusive estabeleceram prazo, para que os Ministérios Públicos Estaduais (120 dias) e Tribunais de Justiça (180 dias) fizessem as devidas adaptações. As regras de merecimento, mais que meros enunciados constitucionais, ou postulados, convertem-se em direito-garantia.⁶ Recorrente nas decisões de

1 Qualquer ensaio sobre merecimento deve ser iniciado pela Constituição Federal, que estabelece regras a partir do art. 93 (aplicando-se, no que couber, ao Ministério Público, cf. art. 129, § 4º).

2 Art. 3º da Resolução Conjunta nº 2/2005 do CSMP/CGMP/MG. No MPMG, tem-se previsão na composição do merecimento: de número de audiências, julgamento do Tribunal do Júri, TACs, comarcas de difícil provimento, entre outros critérios, condições de tráfego (a região do Vale do Aço tem os maiores índices de mortes em estrada do Brasil, segundo a fonte: <http://www.jornalvaledoaco.com.br/novo_site/ler_noticia.php?id=85851>).

3 Disponível em: <http://www.amab.com.br/site2/index.php?option=com_content&view=article&id=705:pedido-de-revisao-da-resolucao-sobre-criterios-de-promocao-de-juizes-esta-na-pauta-do-cnj&catid=16:noticias&Itemid=33>.

4 Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2855>> (biblioteca digital do STJ).

5 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-07/supremo_suspende_resolucao_cnmp_promocao>.

6 Direito-garantia, pois não se trata apenas da enunciação de um direito, mas têm-se garantias efetivas que lho assegurem através do manuseio de remédios constitucionais: MS, MI, ADIN, Reclamação, Representações,

colegiados, o merecimento indica determinado candidato em prejuízo de outro, o manejo de impugnação, a impletação de mandado de segurança com controle judicial *incidenter tantum*, reclamações, procedimento de controle administrativo,⁷ pelas entidades de classe⁸ e pelo membro prejudicado.⁹

Remanescentes. Formação da lista.

A Constituição estatui duas formas de promoção: a) por merecimento; e b) por antiguidade. Nesse aspecto, qualquer tentativa normativa de igualar os dois critérios, por órgãos colegiados (CNJ, CSMP, CNMP), seria inconstitucional, pois o merecimento não pode ter tratamento igual ao da antiguidade, tanto é que no Recurso de Mandado de Segurança do STJ nº 11.052-PB, 6ª Turma, o voto do Ministro José Scartezzini entendeu que, uma vez composta a lista com quintos mistos, pode o terceiro candidato, que não é o mais antigo, ser votado, isso em face da isonomia dos candidatos. Portanto, não importa o número de listas, salvo os casos de remanescente obrigatória. Na hipótese de haver dois candidatos do quinto mais antigo e um com duas listas do quinto menos antigo, os três concorrerão de forma igual, devendo ser aferida a maior nota. Têm-se ventilado sugestões para que o próximo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CSMP/MG) adote remanescente regional, local. A hipótese não tem previsão conforme a Constituição e seria uma restrição ilegal à garantia do art. 93, II, “a”, o que demandaria controle administrativo, reclamações, inclusive mandado de segurança preventivo. A remanescente em lista não é um direito absoluto, podendo ser reavaliada a cada edital; por isso, a presidência do CSMP indaga se determinado candidato deve permanecer em lista. Na hipótese de haver em curso um procedimento administrativo, ela poderá, em tese, ser revista havendo reavaliação ou nota demeritória, uma vez que não vigora na administração o princípio da inocência, que é uma garantia processual penal.

Diz a Constituição que a promoção de entrância dar-se-á, alternadamente,¹⁰ por antiguidade e merecimento, atendi-

Controle Administrativo, todos regulados nos órgãos colegiados (CSMP, CNJ, CNMP, STF, STJ).

7 Procedimento de Controle Administrativo nº 2008100000717-6. Sessão do dia 13/05/2008. O Plenário do CNJ manteve por unanimidade a liminar.

8 Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe).

9 Disponível em: <<http://forum.concursos.correioweb.com.br/viewtopic.php?p=4658973&sid=4794f916478cb269404dda2acf90b189>>.

10 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diariojustica/verdiarioatualprocesso.asp?numdj=54&datapublicacaoj=25/03/2010&i>>

das as seguintes normas: a) obrigatoriedade do juiz que figurar três vezes consecutivas e cinco alternadas; b) estágio de dois anos na entrância e integração na primeira quinta parte da lista de antiguidade, “salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o cargo vago”. Nas cidades em que há grande interesse em promoção ou remoção, sempre haverá alguém com estágio que integre o quinto.

Quinto sucessivo

Recentemente, o CSMP/MG passou a assegurar o direito ao quinto sucessivo (adotando a Resolução nº 106/2010 do CNJ). Era comum o candidato recém-chegado à entrância aproveitar-se da remoção de um colega e conseguir uma lista, preferindo-se os de quintos mais antigos. Isto ocorria porque, inscrito alguém de quinto mais antigo, teria que ir, sob pena de “gancho”. Essa situação foi reparada com a obediência ao quinto sucessivo, que se torna impeditivo para candidatos dos quintos modernos, inteligência do art. 93, II, “b”, da CF, pois, não havendo candidatos do quinto, os de outros quintos, sucessivamente, integrarão a lista tríplice. Para determinada corrente, uma vez formada, tem-se que há uma isonomia entre os candidatos, ou seja, os conselheiros poderão votar em qualquer um dos três, por ser regra de merecimento; já para outros, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, formada a lista com três nomes, opta-se pela antiguidade, para dissipar animosidade na classe. Na escolha, também para a formação da lista, segue-se a antiguidade. Qualquer tentativa normativa oriunda do CSMP, do CNJ, do CNMP de igualar, pura e simplesmente, os critérios de promoção, ou seja, de priorizar o acesso de promoção por merecimento, buscando somente regras de antiguidade, será inconstitucional, pois se trata de uma garantia ter acesso aos cargos pelo merecimento, em conformidade com os dizeres da CF/88. Na prática, candidatos com notas idênticas (sistema de letras) revelam-se inviáveis à valoração de quem tem mais merecimento. Ao ocorrer isso, optam os conselheiros por desempatar levando em conta a antiguidade, as informações que extraem da ficha funcional, pessoal, as atividades práticas ou acadêmicas dos candidatos¹¹ ante a ausência de outros critérios de merecimento que não estão indicados na nota recebida. No CSMP/MG, a tendência verificada das últimas votações é a motivação da indicação do candidato, segundo os critérios de merecimento elencados na Resolução Conjunta nº 2/2005 do CSMP/Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ)/MG, determinando o CNJ que o voto seja declarado, e fundamentado de acordo com os critérios de merecimento indicados na Resolução.

ncidente=3853919&codcapitulo=6&nummateria=37&codmateria=2>.

11 Art. 61, I, da Lei nº 8.625/93.

Critérios objetivos de merecimento para remoção, promoção e permuta. CNJ. Tabela de pontos ou letras

Em outras instituições da Federação (Ministério Público Federal, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT –, e Polícia Militar do Pará), o critério prevalente é o da pontuação, critério adotado pelo CNJ na Resolução nº 106/2010, que esmiúça o conceito de merecimento, desdobrando-o nos seguintes critérios para aferição de merecimento: desempenho (aspecto qualitativo); produtividade (aspecto quantitativo); presteza no exercício das funções; aperfeiçoamento técnico; adequação da conduta às diretrizes éticas da Instituição. Trouxe também a delimitação de um período cronológico comparativo para a aferição do merecimento. Mesmo priorizando regras objetivas de merecimento, a questão da pontuação poderá dar margens ao subjetivismo, uma vez que a quantidade e a qualidade do trabalho de um magistrado ou juiz diferem muito de um para outro. A promoção/remoção/permuta¹² envolve garantias, por isso, se pesquisarmos pelos sítios eletrônicos, verificaremos que a matéria sempre é levada para os tribunais superiores.¹³ A segurança jurídica dos candidatos residirá na declaração de voto, que indique os critérios de merecimento, registrando os votos em ata para atender o princípio da publicidade e transparência.

Conselho Superior do Ministério Público

As normas do CNMP e do CSMP deverão estar em consonância com as diretrizes do art. 93, com a reserva de lei complementar, não tendo como fugir dos preceitos ali traçados que, em suma, são critérios objetivos de produtividade e presteza (poderiam ser feitos levantamentos de

12 Questão também paralela/similar é a da REMOÇÃO POR PERMUTAS, pois ambas, remoção e promoção, devem seguir os mesmos critérios constitucionais da promoção. Veja-se o art. 93, VIII-A, segundo o qual a remoção a pedido ou permuta atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c, e e do inciso II.

13 “Art. 4º Na votação, os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha relativos a:

- I – desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional);
- II – produtividade (aspecto quantitativo da prestação jurisdicional);
- III – presteza no exercício das funções;
- IV – aperfeiçoamento técnico;
- V – adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional (2008).

§ 1º A avaliação desses critérios deverá abranger, no mínimo, os últimos 24 (vinte e quatro) meses de exercício.

§ 2º No caso de afastamento ou de licença legais do magistrado nesse período, será considerado o tempo de exercício jurisdicional imediatamente anterior, exceto no caso do inciso V, que também levará em consideração o período de afastamento ou licença.”

mapas estatísticos, relatório mensal, inspeção, correição, produção de peças, Termos de Ajustamento de Conduta, atendimento ao público, etc.). Poderíamos ter por paradigmas outros Ministérios Públicos, por exemplo, MPDFT. Em Conselhos anteriores, tínhamos uma tabela de nota, as comarcas eram pontuadas, em decorrência dos seguintes critérios objetivos: da distância, da eficiência, da participação em curso. Todavia, mesmo o sistema de nota deixa margens ao subjetivismo. Por exemplo, se no critério da presteza e eficiência, pretendo candidato obtiver dos conselheiros 0,5 (meio) ponto a menos que outro, ele será preterido, restando prejudicado. A nota em letras ou números é apenas um indicativo do merecimento.

Resolução nº 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Controle de Constitucionalidade. Direito ao voto motivado.

A Resolução nº 106/2010 do CNJ tem pontos discutíveis sob o prisma constitucional, mas, de um modo geral, é um avanço em se tratando de criação de critérios objetivos para a aferição do merecimento, exigindo-se a motivação individualizada do voto, podendo ser uma referência inicial para o MP. Filtrando-se os excessos, seria um passo na busca da aferição do merecimento junto ao CSMP. A resolução foi combatida com julgamento do Pedido de Providências (0003496-18.2010.2.00.0000)¹⁴ – impetrado pelas Associações de Magistrados Brasileiros (AMBs), dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e Juízes Federais do Brasil (Ajufe) junto ao CNJ, por haver polêmica sobre as regras que disciplinam o processo de escolha por merecimento. A principal crítica à resolução envolve o grande número de estatística dos concorrentes à promoção, interferência na independência funcional de alguns critérios. Ela utiliza um sistema de pontuação semelhante ao modelo adotado pelas escolas, com a “livre e fundamentada convicção do membro votante do Tribunal”, desde que observada a seguinte pontuação máxima: produtividade (30 pontos), presteza (25 pontos), desempenho (20 pontos), conduta ética (15 pontos) e aperfeiçoamento técnico (10 pontos).

Conclusão

As regras de promoção por merecimento não são amplas e irrestritas, devem seguir as regras constitucionais, observando-se a reserva de lei complementar (art. 93, *caput*, da CF/88). Se os parâmetros de merecimento fossem fixados por lei complementar, não haveria margens para as diversas demandas que chegam ao CNJ, CNMP e STF. A jurisprudência não assentou os critérios de merecimento, principalmente por envolver uma carga axiológica, estando os Tribunais longe de um consenso.

A Resolução nº 106/2010 trouxe critérios objetivos de transparência e controle, pois o Tribunal deverá declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na promoção (motivação de voto), conferindo-se maior publicidade e garantia jurídica para que aqueles que se sentirem preteridos possam recorrer ao Judiciário, buscando nulidade, caso o voto não seja motivado.

Sob tal aspecto, o acesso ao trabalho quantitativo e qualitativo dos membros deve ser revelado para acompanhamento, não apenas do CNJ, mas para poder, qualquer juiz ou promotor de Justiça, comparar às suas próprias atividades. É uma forma de autocontrole fiscalizatório, uma vez que, inscrito para promoção, terá o candidato o acesso aos trabalhos, à presteza e ao desempenho dos outros a fim de, inicialmente, autoaprimorar-se e, a seguir, encetar críticas pertinentes, caso seja preterido. De fato, o CNJ trouxe, ao reparar os excessos, ao impor regras objetivas de acesso à estatística para promoção, uma prática salutar em um Estado Democrático de Direito, de forma a dar transparência ao Judiciário.■

¹⁴ Data do julgamento: set. 2010. O CNJ já julgou a representação im procedente.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/conselhos/cnmp/legislacao/resolucoes/pdfs-de-resolucoes/res_cnmp_02_2005_11_21.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2011.

BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público. Resolução Conjunta n. 2, de 21 de novembro de 2005. Dispõe sobre os critérios objetivos e o voto aberto e fundamentado nas promoções e remoções por merecimento de membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados. (Com eficácia suspensa pelo MS 26264, de 4 de dezembro de 2006, que discute critérios de promoção por merecimento de membros do MPU. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/noticia.asp?idnoticia=9133>). Acesso em: 29 ago. 2011.

BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público Federal. Resolução n. 101, de 3 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://csmfp.pgr.mpf.gov.br/resolucoes/Resolucao%20no%2020101%20-%20Criterio%20de%20Merecimento%20para%20promocao%20na%20carreira%20-%20publicacao.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Link do conselho - atos - resoluções. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/pdf/unidades/conselho_superior/atos_conselho_superior/resolucao_073.pdf> (este apresenta um modelo de tabela de pontuação). Acesso em: 29 ago. 2011.

BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/stf-suspende-ato-do-cnmp-sobre-criterios-de-promocao-de-membros-por-merecimento>. Acesso em: 29 ago. 2011.

IBIAPINA, Humberto. **O sistema de promoção por merecimento e a visão dos tribunais superiores**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2487/o-sistema-de-promocao-por-merecimento-e-a-visao-dos-tribunais-superiores>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Lei Complementar n. 34, de 12 de setembro de 1994, art. 185, PU.

PARAÍBA (Estado). Associação Paraibana do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.apmp.org.br/index.php/pecas-juridicas/peticoesapmp/55-cnmp-resolucao-merecimento>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

PARAÍBA (Estado). Associação Paraibana do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.apmp.org.br/index.php/pecas-juridicas/peticoesapmp/55-cnmp-resolucao-merecimento>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

Princípio da insignificância, irregularidade administrativa e improbidade administrativa

Carlos Henrique Bicalho

Analista do Ministério Público de Minas Gerais

17ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público

Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional

Em matéria penal, o princípio da insignificância vem conseguindo acolhida em inúmeros julgados, funcionando como interpretação restritiva do tipo penal. Nesse sentido, acolhido o princípio da insignificância (ou da bagatela), afasta-se a tipicidade material, não se considerando criminosa a conduta que afeta minimamente o bem jurídico. Enfim, já na primeira fase de análise, a do tipo penal, o crime deixaria de se configurar. Em última análise, referido princípio coloca-se como importante instrumento de política criminal, uma vez que sua aplicação restringe a tramitação de inúmeros processos criminais na esfera judiciária.

Já na seara de punições decorrente da Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/92) o princípio da insignificância não vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores, sob o argumento de que o que se tutela é a moralidade pública, que não é passível de graduação, não sendo possível, destarte, improbidade administrativa insignificante.

Interessante trazer à baila que referido entendimento foi adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 892.818-RS, considerando que, quando o fato já foi tachado de ímprobo (juízo de improbidade da conduta), seria impossível o juiz deixar de aplicar as sanções da LIA, na fase denominada pelo eminente relator do acórdão, Ministro Herman Benjamin, de “juízo de dosimetria das sanções”. Ou o fato é ímprobo, aplicando-se com proporcionalidade e razoabilidade as sanções, ou não é, constituindo irregularidade administrativa. Não há meio-termo. Assim, resta inócua a aplicação do princípio da insignificância na seara ímproba, já que, se a conduta for considerada insignificante, será mera irregularidade administrativa. Noutros termos, não há improbidade insignificante, mas sim irregularidade insignificante (que não constitui improbidade).

É importante destacar que a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça não trata exatamente da possibilidade da utilização do princípio da insignificância na seara ímproba de uma maneira geral, mas sim se seria possível ao juiz, após declarar ímprobo o ato, afastar toda e qualquer sanção com base no retromencionado princípio, sendo negativa a resposta.

Dessa forma, sem entrar em conflito com a posição do Colendo Tribunal Superior, ao contrário, acatando os limites impostos pelo acórdão retromencionado (quando o juiz tacha o ato de ímprobo, não lhe é lícito deixar de fazer a dosimetria das sanções), somos a favor da aplicação do critério do conteúdo grave da conduta (improbidade material) para distinguir a mera irregularidade administrativa da improbidade administrativa, já na fase do “juízo de improbidade da conduta”. Com isso, não estamos discordando da posição do STJ, mas simplesmente procurando avaliar qual seria o conteúdo de uma irregularidade administrativa.

É importante destacar que a improbidade “material”, na caracterização de um ato ímprobo, é aferida em um terceiro momento, ou seja, após o cumprimento de requisitos – presença de agente público e do necessário elemento subjetivo apto a desencadear o ato ímprobo, avaliável pelo descumprimento da finalidade estatal, que é o interesse público.

Mister aduzir que não é pertinente adotar aqui a terminologia “insignificância”, por ser extremamente aberta e relativa. Mesmo na seara penal, a insignificância é trabalhada de maneira contida, tendo o Pretório Excelso, inclusive, estabelecido limites para ela (ausência de periculosidade do agente, mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica). Assim, aqui preferimos adotar um critério de “improbidade material” sob o viés de um atentado violento e expressivo à moralidade pública.

Não é qualquer conduta que ofende veementemente a moralidade pública, mas sim aquela expressiva.

Como considerar ímprobo um agente punível, por exemplo, com advertência no âmbito administrativo?

Assim, nessa ordem de idéias, não se pode, sob pena de subverter a mens legis, considerar improbidade administrativa uma conduta de servidor público que usa de um único papel timbrado de determinado órgão, verbi gratia, para fins particulares. Ofende o princípio da legalidade e da moralidade? Sim, ofende. Mas é apto a desencadear uma ação civil por improbidade administrativa? Pensamos que não, já que o agente público, diante do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e da inexpressividade da lesão jurídica, poderia ser penalizado de maneira mais coerente e proporcional em outra área, como a administrativa (por exemplo, recebendo uma advertência). Diferente seria a conduta de um chefe de setor que disponibiliza para terceiros dados sigilosos da administração pública.

Ou de um administrador público que incrementa substancialmente seu patrimônio ao longo dos anos, enriquecendo-se ilícitamente, ou, ainda, de um agente público que nitidamente favoreça determinadas pessoas em certames licitatórios. Nesses casos, as condutas assumem gravidade suficiente para desencadear ação civil pública por improbidade administrativa.

É importante destacar que não necessariamente poderíamos deixar de tachar de ímprobo condutas de pequena expressão econômica. Ser de pequena expressão econômica não significa que não atenta contra a moralidade pública. Por exemplo, servidor que detém senha de sistema de pagamentos de uma secretaria de fazenda. Caso esse servidor, reiteradamente, todos os meses, desviasse 30 reais e, ao final de 12 (meses), fosse descoberto, mesmo com o baixo valor apurado (360 reais ao final do período), ele deveria ser tachado de ímprobo, já que é gravíssimo e atenta contra a moralidade pública um servidor desviar todos os meses dinheiro para sua conta particular. A boa-fé objetiva (lealdade e confiança) foi ferida de morte. São vários peculatos com suficiente gravidade para causar sua demissão do serviço público, gerando, em continuidade de raciocínio, improbidade administrativa.

Enfim, o ato, para ser grave, deve ser imoral e molestar de forma veemente a moralidade pública. Um proceder de leveza extrema, não pode ser tachado de ímprobo, devendo ser considerado mera irregularidade administrativa. Nesse caso, o agente sofre as sanções disciplinares, não havendo sentido movimentar o Judiciário – aplicação dos princípios da economia processual, razoabilidade e proporcionalidade.

Mas, advirta-se: só os atos de leveza extrema, de pouca repercussão até mesmo no âmbito administrativo, poderiam ser considerados irregularidades administrativas. E, uma vez mais, não se pode confundir leveza extrema com pequena expressão econômica. Muitas vezes atos de pequena expressão econômica possuem suficiente gravidade para atacar a moralidade pública, conforme ressaltado em exemplo acima detalhado.

Essas são as linhas-mestras para distinguir uma conduta irregular de uma ímproba. Enfim, só será ímproba uma conduta que tenha agente público envolvido, comportamento em desacordo com a finalidade estatal (interesse público) e a boa-fé objetiva (lealdade e confiança) e que tenha conteúdo grave apto a gerar abalo à moralidade pública de forma contundente.■

Jurisprudências

TJMG - 8ª Câmara Cível

Improbidade administrativa: aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade da pena

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - DOLO - PENALIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A configuração da improbidade administrativa requer a existência do elemento desonestidade na conduta do agente; uma vez constatada, deve ser reconhecida a improbidade. II - A conduta do vereador do Município de Jequitinhonha de ausentar-se das sessões legislativas da Câmara Municipal lastreado em atestados médicos, com intuito de não sofrer descontos em seu subsídio, e, não obstante, comparecer à capital do Estado para tratar de assuntos particulares, configura improbidade administrativa. III - As sanções previstas no art. 12, da Lei de Improbidade, podem ser cumulativas, mas, também, pode o juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, aplicar apenas uma ou algumas delas - não necessariamente todas.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TJMG - Relator Des.(a) BITENCOURT MARCONDES - Processo nº 1.0358.03.001822-2/001(1) - Numeração única 0018222-70.2003.8.13.0358 - Julgamento: 24/03/2011 - Publicação: 02/05/2011

TJMG - 1ª Câmara Cível
**Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública
objetivando o ressarcimento de danos causados ao erário**

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO - PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - PRESCRIÇÃO AFASTADA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - AGENTE POLÍTICO - IRREGULARIDADES CONSTATADAS PELO TCE/MG - ATO ILÍCITO E DANO AO ERÁRIO - COMPROVAÇÃO - DEVOLUÇÃO DOS VALORES. É a ação civil pública o instrumento processual adequado à pretensão de reparação de danos causados ao patrimônio público formulada pelo Ministério Público. Comprovadas as irregularidades praticadas por ex-Prefeito Municipal, com evidente lesão do patrimônio público, torna-se imperiosa a procedência da ação civil pública, condenando-se o mesmo ao ressarcimento dos valores indevidamente despendidos.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TJMG - 1ª CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0408.03.002184-9/001 - RELATOR: EXMO. SR. DES. GERALDO AUGUSTO - Julgado em 15.03.11 - Publicado em 06/05/2011

TJPE - 1º Grupo de Câmaras Cíveis
Impossibilidade de majoração de alíquota por dispositivo legal inconstitucional

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA PELA LC 28/2000. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DO NÃO CONFISCO.

1. O aumento da alíquota devida a título de contribuição previdenciária determinado pelo artigo 71 da Lei Complementar 28/2000 afronta os princípios constitucionais da proporcionalidade e do não confisco.

2. A Corte Especial já decidiu, em controle difuso, pela inconstitucionalidade do artigo 71 da referida lei quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 82977-8,

3. O aumento da alíquota de 10% para 13,5% deve ser suspenso no período compreendido entre a data da impetração do mandado de segurança (21 de junho de 2001) e a data da entrada em vigor da EC 41/03, 19 de dezembro de 2003.

4. Segurança concedida.

TJPE - 1º Grupo de Câmaras Cíveis - MS 26348720018170000 PE 0002634- 7.2001.8.17.0000 - Relator(a): Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto - Julgamento: 05/01/2011

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



O trabalho do Professor Fábio Konder Comparato expõe as sucessivas etapas da evolução histórica dos direitos humanos, examinando grandes documentos normativos, como constitui-

ções, leis, e tratados internacionais, no contexto da realidade econômica e social de sua época.

Com o objetivo de tecer a evolução histórica dos Direitos Humanos, a obra esclarece pontos importantes de declarações e pactos que trouxeram mecanismos para efetividade a tais direitos.

Dentro da escala histórico-evolutiva, verifica-se um escorço histórico da concepção sobre direitos humanos, desde a origem com o Código de Hamurabi – 1690 a.C e pela fundamentação no direito natural, passando pelo processo de positivação de tais direitos.

Com análise minuciosa do tratamento dado aos direitos humanos por importantes documentos históricos, como a Bill of Rights, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, Comparato chega à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual entende ter desencadeado a elaboração de vários instrumentos internacionais e tratados mesmo entre países não integrantes das Nações Unidas, o que colaborou sem dúvida

para o processo de universalização e generalização de princípios reconhecidos e protegidos por mecanismos de controle supranacionais, conferindo-lhe certa efetividade.

Finalmente, a Declaração Universal não pode apresentar nenhuma pretensão de ser estática ou definitiva, pois os homens em cada momento histórico estão carentes por novos direitos e proteção para os mesmos, ainda que muitos deles relembrem o passado.

Recolhe-se, assim, o material indispensável para a construção de uma teoria renovada dos direitos humanos, procurando-se compreender as instituições jurídicas na inescotável complexidade social.

Artigo

FRANÇA, Nadielson Barbosa da.

Controle principiológico na Administração Pública. Uma (re)definição da legalidade.

Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2959, 8 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19725>>.

O autor traça uma (nova) perspectiva a respeito da legalidade, questionando o status de princípio que lhe é atribuído. Ele analisa se é possível ou não negar a eficácia de dispositivos legais caso estes destoem dos demais princípios que regem a Administração Pública. Ainda, busca estabelecer quem terá a legitimidade para exercer a negativa.

Por fim, analisa alguns casos sob a ótica dos princípios da eficiência, da impessoalidade e da segurança jurídica a fim de confirmar sua argumentação.

MACHADO, Rodrigo de Oliveira.

Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica.

Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19703>>.

Nesse interessante artigo, o autor analisa a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica. Ele aborda a questão da constitucionalidade de tal aplicação, principalmente quando se tratar de homem em situação vulnerável, seja em razão da idade, seja devido a condições físicas ou mentais.

Para o autor, a extensão da aplicação de referida lei, atenderá “(...) de forma plena o mandamento constitucional de coibir a violência no âmbito familiar, bem assim de assistir cada um dos membros da entidade familiar. Ademais, estará sanado o vício de constitucionalidade material que inquina a norma, posto que o princípio da igualdade será observado (...)” (p. 1).

DIREITO COLETIVO

Material e Processual

Artigos

Panorama e tendências sobre a tutela jurisdicional de direitos coletivos

Leonardo Silva Nunes

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor das disciplinas Direito Processual Civil e Direito Processual Coletivo. Advogado.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Introdução: a origem dos direitos ou interesses coletivos

O objeto material do moderno direito processual coletivo comum são os denominados direitos ou interesses coletivos *lato sensu*.

Em oposição aos direitos subjetivos, facilmente atribuíveis a um determinado indivíduo, os direitos ou interesses coletivos possuem largo espectro e correspondem a um número indeterminável de titulares, o que torna indivisível seu objeto. Entretanto, também há casos em que será possível a determinação dos titulares, quando, então, o objeto será divisível.

Os países cujos sistemas jurídicos são de origem romano-germânica têm como principal fonte histórica, na antiguidade, o Direito Romano. Naquele tempo já era prevista uma espécie de ação peculiar (*actio pro populo*), a qual atualmente, no direito brasileiro, denomina-se Ação Popular.

A ação popular romana era o meio pelo qual o cidadão romano buscava a defesa ou preservação das coisas pública e sacra. O caráter privativo reinava nos procedimentos judiciais da época, e o sentimento altruísta guiava o cidadão

de Roma à proteção dos bens públicos e sagrados, que não tinham um titular único, mas que pertenciam a todos os romanos ao mesmo tempo.

Eis, portanto, a gênese de um tipo de interesse que diz respeito a toda uma coletividade, o que, certamente, influenciou na formação e desenvolvimento dos direitos ou interesses coletivos, objeto material do Direito Processual Coletivo.

Evolução social e definição de direitos ou interesses coletivos

Durante o período histórico em que existiram os Estados fundados no Direito Liberal, foram reconhecidos e assegurados direitos de índole individualista, privativa, típicos de um período em que o Estado possuía restrições à interferência no domínio privado.

Com o desenvolvimento social, houve o surgimento de necessidades diferenciadas por parte de grupos sociais, agora organizados, como os trabalhadores, que impuseram a proclamação de novos direitos de índole social. A transformação do Estado Liberal em Estado Social impôs ao ente soberano a intervenção na economia e na sociedade com o fim de estabelecer garantias básicas; a proteção ao trabalhador, a assistência social e o amparo quando o cidadão atingisse a velhice são exemplos dessas garantias.

Ocorre que a evolução social é uma constante, o que leva ao surgimento de novas necessidades. Assim é que o dinamismo social, a diversidade cada vez mais acentuada das relações jurídicas, a multiplicidade e o aperfeiçoamento dos meios de comunicação, a globalização, todos esses fatores fizeram surgir determinados tipos de interesses cuja natureza se diferencia dos tradicionais direitos subjetivos individuais e daqueles sociais que os sucederam. Essa ge-

ração¹ de “novos direitos” tem a sua titularidade atribuída a toda uma coletividade, embora não exclusivamente a um dado indivíduo.

Trata-se de direitos de larga abrangência e relevância social. Fala-se, por exemplo, do direito à saúde pública, da proteção à ordem econômica e popular, da proteção à ordem urbanística, da higidez do meio ambiente, da proteção do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas portadoras de qualquer deficiência, entre outros. Todos reconhecidos e proclamados pelo Estado Democrático de Direito.

Direito ou interesse?

A legislação nacional, ao se referir aos direitos coletivos, tais como aqueles exemplificados no item anterior, também lhes atribui a natureza de interesses.

As nomenclaturas teriam sido importadas equivocadamente pelo legislador pátrio, segundo Fredie Didier Junior². De acordo com o mencionado autor, a origem dos termos seria do Direito italiano, no qual é prevista a dualidade de jurisdição: de um lado a administrativa, para o trato de meros interesses, não elevados à categoria de direitos por aquele ordenamento; e, de outro, a judicial, propriamente dita, para o processamento de conflitos envolvendo pretensões fundadas em direitos reconhecidos pelo Estado.

No Brasil, como não há similar dualidade jurisdicional, como ocorre no sistema italiano, não haveria razão pela qual diferenciar direitos e interesses. É o que sustenta Kazuo Watanabe³, um dos autores do anteprojeto que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), cujo regramento dispõe acerca de “direitos ou interesses”, o que desperta intenso debate doutrinário.

De todo modo, conforme afirma Rudolf Von Jhering⁴, direito é o interesse juridicamente tutelado. O uso de uma expressão para conceituar a outra afasta de vez a relevância e a pertinência dessa discussão.

O objeto material do Direito Processual Coletivo no Brasil e a sua categorização

A primeira manifestação específica acerca do reconhecimento de direitos coletivos no Brasil se deu com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, que no art. 113, XXXVIII, instituiu a ação popular para a defesa do patrimônio público.⁵

Tal remédio constitucional não sobreviveu ao Estado Novo, sendo, então, suprimido do ordenamento jurídico pela Constituição seguinte, em 1937. O retorno do instituto se deu com a Constituição da República do Brasil, em 1946, e foi mais tarde regulamentada pela Lei nº 4.717, em 1965, ainda em vigor.

É relevante mencionar que, durante o intervalo entre as Constituições brasileiras de 1937 e 1946, surgiu no Brasil um novo ordenamento jurídico processual civil, que unificou, num único código, de âmbito nacional, as regras processuais. Trata-se do Código de Processo Civil de 1939, que previu expressamente em seu art. 670 a tutela de interesses difusos e coletivos.⁶

Assim, apesar de não constar enquanto norma constitucional, a partir do CPC de 1939 se retoma a possibilidade de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos, tanto por ação proposta pelo cidadão quanto pelo Ministério Público. Em 1981, acompanhando tendência mundial, o legislador aprofundou no desenvolvimento legislativo para a defesa do bem coletivo. O tema da vez foi a proteção do meio ambiente e a definição da responsabilidade objetiva por danos causados ao bem jurídico (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981).

4 Analisando o direito subjetivo, Jhering buscou o estabelecimento de um elo entre o direito e o interesse. Para o pensador alemão, dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, que reside no fim prático do direito (a utilidade, as vantagens e os lucros que asseguram); outro formal, que é a proteção do direito por meio da ação da justiça. Assim, segundo o autor, “a segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito.” E, portanto, “os direitos são interesses juridicamente protegidos.” (JHERING, 1943. Vol. IV. p. 219-220.).

5 Art. 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVIII. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 d).

6 Art. 670. “A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público.”

1 José Afonso da Silva opta pela expressão “dimensão de direitos”, no sentido de que uma geração não se encerra quando outra surge. (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 289). Ao contrário, moderna doutrina ensina que a classificação dos direitos fundamentais em “gerações de direitos” baseia-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, o que, por óbvio, não induz a ideia de superação de uma “geração” por outra. (por todos: MORAES, 2007. p. 26-27).

2 DIDIER JR. ; ZANETI JR., 2010. v. 4, p. 87-93.

3 WATANABE, 2007. p. 819.

Em 1985, com a edição da Lei 7.347, foi instituída a Ação Civil Pública, com ampliação ainda maior do campo de proteção a direitos coletivos.

Todo esse movimento legislativo foi inspirado pela nova ordem constitucional em formação, que se consolidou com a Constituição da República do Brasil, de 1988. Dessa vez a inovação foi tão significativa que tais direitos coletivos foram elevados à categoria de Direitos Fundamentais (CRB/1988, Título II, Capítulo I, que estabelece os “direitos e deveres individuais e coletivos”)⁷, garantindo-se-lhes a impossibilidade de afastamento da jurisdição⁸.

Em 1990, com a edição da Lei nº 8.078, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o legislador brasileiro, encampando as construções doutrinárias, visou conceituar os direitos coletivos, categorizando-os em: direitos ou interesses difusos; direitos ou interesses coletivos, em sentido estrito; e direitos ou interesses individuais homogêneos.

Assim, ocupando-se de tarefa pertinente à doutrina, o legislador consignou no art. 81, CDC, a conceituação acerca dos direitos ou interesses coletivos, a saber:

- a) Direitos ou interesses difusos – “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”;
- b) Direitos ou interesses coletivos, em sentido estrito – “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”;
- c) Direitos ou interesses individuais homogêneos – aqueles “decorrentes de origem comum”.

Segundo o CDC, portanto, são considerados transindividuais os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito. A ideia da transindividualidade representa o fato de que o direito perpassa o indivíduo, tocando-o, mas afeta toda uma coletividade, no caso dos difusos; ou classes, grupos ou categorias, no caso daqueles coletivos, em sentido estrito.

Trata-se de direitos tipicamente coletivos, de ampla relevância e abrangência, cujo objeto é indivisível. Assim, o benefício de um, a todos aproveita; e a lesão a um, a todos atinge.

7 Conforme Gregório Assagra de Almeida, “a summa divisio constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual [...] porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a summa divisio clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.” (ASSAGRA, 2008, p.437).

8 Art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ao contrário, os direitos individuais homogêneos são considerados pela doutrina como apenas acidentalmente coletivos. É que, em verdade, o seu objeto é facilmente divisível, sendo, portanto, possível individuar a parcela de direito que compete a cada um dos interessados envolvidos no conflito. A sua adoção pelo legislador se deu por razão de conveniência, objetivando-se a racionalidade da prestação jurisdicional ao reunir em uma única ação coletiva inúmeras pretensões individuais idênticas e, com isso, atingir a efetividade de direitos com economia processual, evitando-se, ainda, o conflito lógico e prático de julgados, o que representaria o desprestígio do Poder Judiciário.

Tais direitos coletivos *lato sensu*, categorizados por lei, são o objeto material do Direito Processual Coletivo comum. A título de registro, Gregório Assagra de Almeida explica que, ao lado do sistema processual coletivo comum, há, ainda, um sistema processual coletivo especial, referindo-se às regras específicas do controle de constitucionalidade das leis que, a toda evidência, também interessam a toda a coletividade dada a abstração e a generalidade de criação e aplicação das regras.⁹

Tendências em torno do objeto material do Direito Processual Coletivo comum

O estudo dos direitos coletivos *lato sensu*, tanto sob o aspecto processual quanto sob o aspecto material, nunca esteve tão atual e em evidência. O tema, que ganhou força na Itália das décadas de 1960 e 1970, no Brasil está na ordem do dia, visto sua repercussão social estar no campo do acesso à justiça.

Em meados de 2009 foi editada a Lei nº 12.016/2009, que tem por objetivo regulamentar o instrumento processual do Mandado de Segurança individual e coletivo e o aperfeiçoamento do sistema processual de acordo com o atual posicionamento jurisprudencial, notadamente das cortes superiores.

Embora Teori Albino Zavascki¹⁰ e outros doutrinadores já entendessem como viável a aplicação da legislação revogada (Lei nº 1.533/1951) para o manejo do Mandado de Segurança Coletivo, proclamado como garantia constitucional no art. 5º, LXX, CRB/1988¹¹, pela primeira vez, há regulamentação específica da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, o que, de per si, representa grande avanço. No entanto, a referida lei prevê restrição expressa, desde o importante remédio processual à defesa de direitos difu-

9 (ASSAGRA, 2007. p. 79-82.)

10 “O mandado de segurança tradicional já possuía características e base constitucional para tutelar também direitos coletivos.” (ZAVASCKI, 2007. p. 213).

11 Tal projeto foi rejeitado mediante apreciação conclusiva da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC, sendo objeto de recurso, de autoria do Dep. Antonio Carlos Biscaia, que aguarda submissão ao Plenário da Câmara dos Deputados, desde o dia 30/04/2010.

tos, como que promovendo restrição que o legislador constituinte não intencionou. Tal ponto sugere a inquietude do estudioso para a pesquisa em torno do tema.

Há, ainda, em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n.º 5.139/2009¹², que tem por objetivo disciplinar a Ação Civil Pública, consolidando o regramento processual coletivo, atualmente alocado de forma esparsa na legislação ordinária, propondo, também, o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

No que toca especificamente ao objeto material do direito processual coletivo, o projeto de lei mencionado traz importante disposição ampliadora dos bens jurídicos sob proteção, via Ação Civil Pública, com vistas a amparar, expressamente, a ordem financeira e os bancos de materiais genéticos.

Entretanto, a maior novidade legislativa a influenciar o objeto material do direito processual coletivo diz respeito ao regramento processual civil geral. No dia 2 de outubro de 2009, o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, houve por bem instituir comissão especial de notáveis juristas,¹³ aos quais encarregou a elaboração de anteprojeto para um novo Código de Processo Civil. Entre os objetivos dessa comissão destaca-se a criação e o desenvolvimento de um “incidente de coletividade”, denominado ultimamente de “incidente para resolução de demandas repetitivas”, de modo a concentrar, em uma mesma demanda coletiva, uma infinidade de pretensões individuais idênticas, cujo resultado seja uniforme para todos os interessados.

O mencionado projeto já foi aprovado pelo Senado Federal, a casa de origem, aguardando, agora, deliberação pelos membros da Câmara dos Deputados¹⁴. A ideia inicial do “incidente de coletividade” gerou o novo “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Caso o anteprojeto seja aprovado pelo Congresso Nacional, o incidente poderá ser admitido “sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”. (art. 895).

12 Tal projeto foi rejeitado mediante apreciação conclusiva da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, sendo objeto de recurso, de autoria do Dep. Antonio Carlos Biscaia, que aguarda submissão ao Plenário da Câmara dos Deputados, desde o dia 30/04/2010.

13 A Comissão de Juristas, instituída pelo Ato n.º 379/2009, conta com dois ilustres juristas mineiros: o Professor aposentado da Universidade Federal de Minas Gerais Dr. Humberto Theodoro Júnior e o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Elpídio Donizetti Nunes.

14 Em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 8.046/2010 aguarda apreciação e parecer de Comissão Especial criada pelo Presidente da Câmara dos Deputados Marco Maia, desde o dia 15/06/2011. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 16 ago. 2011).

O “incidente de resolução de demandas repetitivas”, inserido no novo Código de Processo Civil, poderia, sem dúvida, trazer efeitos práticos positivos, no mínimo promovendo o princípio processual constitucional da economia processual, refletindo a tendência de coletivização do processo. Todavia, tal instituto parece concorrer para o desvio, ou, pelo menos, para a desnecessidade de ser incluídos os objetos de tutela por meio do processo coletivo aqueles direitos ou interesses denominados individuais homogêneos. Outras críticas poderiam ser feitas, mas não seriam pertinentes ao estudo ora em pauta.

Conclusão

Todo esse movimento legislativo demonstra a necessidade que se impõe ao direito de acompanhar o dinamismo social, atualizando-se e se desenvolvendo, com o objetivo de proporcionar o arcabouço instrumental necessário à adequada e efetiva proteção de direitos reconhecidos juridicamente. Demonstra, conseqüentemente, a importância de se levar ao cidadão o conhecimento dessas transformações, sendo imprescindível o seu acompanhamento por todos aqueles que lidam com o Direito, notadamente o estudioso e o intérprete dessa ciência. ■

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 4.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1943. Vol. IV.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A extensão do elemento normativo “floresta”, constante do tipo penal descrito no artigo 38 da Lei nº 9.605/98

Hébia Luiza Machado

Bacharela em Direito

Pós-graduada em Direito Público – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais

Pós-graduada em Direito Privado – Universidade Cândido Mendes

Pós-graduada em Direito Processual Civil – Faculdade Internacional de Curitiba

Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O preceito primário do artigo 38 da Lei nº 9.605/98 (constante da Seção II – “Dos crimes contra a flora”) consigna: “Destruir ou danificar *floresta* considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção” (grifo nosso).

O objeto jurídico do delito em tela: “[...] é a preservação do meio ambiente, com a conservação das florestas de preservação permanente, mesmo que em formação. A floresta é essencial para a manutenção do meio ambiente, inclusive para a existência dos rios e da fauna”.¹

O cerne da questão consiste na extensão que se deve emprestar à elementar do tipo penal “floresta, mesmo que em formação”, a fim de se saber se a vegetação danificada e/ou destruída pelo agente se enquadra em seu conceito.

Apesar da inegável importância ecológica, nem toda espécie vegetal se encontra protegida pela disposição penal contida no artigo 38 da Lei nº 9.605/98. O Direito Penal, em face do princípio da intervenção mínima e de suas vertentes da fragmentariedade e da subsidiariedade, só deve atuar em defesa dos bens jurídicos mais relevantes e, ainda assim, quando outros ramos do Direito se mostrarem insuficientes para prestarem a devida tutela.

Segundo Luiz Regis Prado², “floresta, elemento normativo do tipo, na definição do item 18 do Anexo I da Portaria

486-P, 1986, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa”.

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65) não equipara floresta às demais formas de vegetação, muito pelo contrário, distingue-as. Podem-se mencionar, a título de exemplo, os seguintes dispositivos:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem [...]

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: [...].

Consoante doutrina abalizada, somente poderá ser conceituada como floresta uma determinada extensão de área, com formação arbórea densa, de grande porte.

Abraçando a ideia da citada definição, temos a seguinte jurisprudência:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI Nº 9.605/98. EXTENSÃO DA EXPRESSÃO FLORESTA.

O elemento normativo “floresta”, constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei nº 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira. (Precedentes). Habeas corpus concedido.³

Em razão do exposto, condutas consistentes em destruir ou danificar árvores em área de preservação permanente não necessariamente serão subsumidas ao modelo abstrato

1 FREITAS, Vladimir de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza, 8. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 139.

2 PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 304.

3 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quinta turma, Processo HC 74950/SP, Min. Felix Fischer, Brasília, j. em 21.06.2007, p. DJ 10.09.2007, p. 269. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3212825&sReg=200700110074&sData=20070910&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2010

previsto na lei, já que a formação vegetal atingida poderá não ser técnica e legalmente classificada como floresta.

Nessas situações, não restará demonstrada a adequação típica ou a tipicidade formal, uma vez que a conduta do

agente não se amolda perfeitamente à descrição contida na figura prevista no artigo 38 da Lei nº 9.605/98, caso em que será imperativa a absolvição do denunciado, em razão da inexistência de tipicidade formal pela falta de elemento normativo do tipo.■

Jurisprudências

TJMG - 1ª Câmara Cível.

Direito do idoso de receber atendimento digno e adequado de saúde: dever do Poder Público e garantia constitucional

EMENTA: MEDIDA PROTETIVA A IDOSO - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESPECIAL - ATRIBUIÇÃO DO MUNICÍPIO - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA. Com fundamento na atribuição conferida pelo SUS, compete às Secretarias Municipais de Saúde realizar suporte técnico às equipes de Saúde da Família para realização das ações de alimentação e nutrição, restando indubitosa a obrigação do Município apelante pelo fornecimento da alimentação especial pleiteada na inicial, devendo a sentença objurgada ser mantida na íntegra. Recurso desprovido.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJMG, 1ª Câmara Cível, Processo nº 1.0105.08.257665-0/001(1) / Numeração Única: 7361484-41.2002.8.13.0024, Relator: Des. OSMANDO ALMEIDA, Data do Julgamento: 19/07/2011, Data da Publicação: 08/08/2011)

A prescindibilidade da averbação da reserva legal para fins de gozo da isenção fiscal prevista no art. 10, II, a, da Lei n. 9.393/1986

EMENTA: TRIBUTÁRIO E AMBIENTAL. ITR. ISENÇÃO. RESERVA LEGAL. AVERBAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTRA-FISCAL DA RENÚNCIA DE RECEITA.

1. A controvérsia sob análise versa sobre a (im)prescindibilidade da averbação da reserva legal para fins de gozo da isenção fiscal prevista no art. 10, inc. II, alínea "a", da Lei n. 9.393/96.

2. O único bônus individual resultante da imposição da reserva legal ao contribuinte é a isenção no ITR. Ao mesmo tempo, a averbação da reserva funciona como garantia do meio ambiente.

3. Desta forma, a imposição da averbação para fins de concessão do benefício fiscal deve funcionar a favor do meio ambiente, ou seja, como mecanismo de incentivo à averbação e, via transversa, impedimento à degradação ambiental. Em outras palavras: condicionando a isenção à averbação atingir-se-ia o escopo fundamental dos arts. 16, § 2º, do Código Florestal e 10, inc. II, alínea "a", da Lei n. 9.393/96.

4. Esta linha de argumentação é corroborada pelo que determina o art. 111 do Código Tributário Nacional - CTN (interpretação restritiva da outorga de isenção), em especial pelo fato de que o ITR, como imposto sujeito a lançamento por homologação, e em razão da parca arrecadação que proporciona (como se sabe, os valores referentes a todo o ITR arrecadado é substancialmente menor ao que o Município de São Paulo arrecada, por exemplo, a título de IPTU), vê a efetividade da fiscalização no combate da fraude tributária reduzida.

5. Apenas a determinação prévia da averbação (e não da prévia comprovação, friso e repito) seria útil aos fins da lei tributária e da lei ambiental. Caso contrário, a União e os Municípios não terão condições de bem auditar a declaração dos contribuintes e, indiretamente, de promover a preservação ambiental.

6. A redação do § 7º do art. 10 da Lei n. 9.393/96 é inserível para afastar tais premissas, porque, tal como ocorre com qualquer outro tributo sujeito a lançamento por homologação, o contribuinte jamais junta a prova da sua glosa - no imposto de renda, por exemplo, junto com a declaração anual de ajuste, o contribuinte que alega ter tido despesas médicas, na entrega da declaração, não precisa juntar comprovante de despesa. Existe uma diferença entre a existência do fato jurígeno e sua prova.

7. A prova da averbação da reserva legal é dispensada no momento da declaração tributária, mas não a existência da averbação em si.

8. Mais um argumento de reforço neste sentido: suponha-se uma situação em que o contribuinte declare a existência de uma reserva legal que, em verdade, não existe (hipótese de área tributável declarada a menor); na suspeita de fraude, o Fisco decide levar a cabo uma fiscalização, o que, a seu turno, dá origem a um lançamento de ofício (art. 14 da Lei n. 9.393/96). Qual será, neste caso, o objeto de exame por parte da Administração tributária? Obviamente será o registro do imóvel, de modo que, não havendo a averbação da reserva legal à época do período-base, o tributo será lançado sobre toda a área do imóvel (admitindo inexistirem outros descontos legais). Pergunta-se: a mudança da modalidade de lançamento é suficiente para alterar os requisitos da isenção? Lógico que não. E se não é assim, em qualquer caso, será preciso a preexistência da averbação da reserva no registro.

9. É de afastar, ainda, argumento no sentido de que a averbação é ato meramente declaratório, e não constitutivo, da reserva legal. Sem dúvida, é assim: a existência da reserva legal não depende da averbação para os fins do Código Florestal e da legislação ambiental. Mas isto nada tem a ver com o sistema tributário nacional. Para fins tributários, a averbação deve ser condicionante da isenção, tendo eficácia constitutiva.

10. A questão ora se enfrenta é bem diferente daquela relacionada à necessidade de ato declaratório do Ibama relacionado à área de preservação permanente, pois, a toda evidência, impossível condicionar um benefício fiscal nestes termos à expedição de um ato de entidade estatal.

11. No entanto, o Código Florestal, em matéria de reserva ambiental, comete a averbação ao próprio contribuinte proprietário ou possuidor, e isto com o objetivo de viabilizar todo o rol de obrigações propter rem previstas no art. 44 daquele diploma normativo.

12. Recurso especial provido.

STJ - 2ª Turma - REsp 1.027.051-SC (2008/0019441-1), Rel. originário Min. Humberto Martins, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 7/4/2011. Publicado em 17/05/11.■

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

COSTA, Sandro Luiz da .
Gestão Integrada de Resíduos Sólidos Urbanos: Aspectos Jurídicos e Ambientais. 1. ed. Aracaju: Evocati, 2011. v. 1.



A gestão integrada de resíduos sólidos é um conjunto de metodologias com vista a redução não só da produção e eliminação de resíduos, como do melhor acompanhamento durante todo o seu ciclo produtivo. Tem como finalidade reduzir a produção de resíduos na origem, gerir a produção dos mesmos no sentido de atingir um equilíbrio entre a necessidade de produção de resíduos, e o seu Impacto ambiental. É uma gestão transversal a todo o ciclo, o qual analisa de maneira Holística.

A partir do conceito supra, Sandro Luiz da Costa trata dos aspectos jurídicos e ambientais da gestão integrada de resíduos sólidos urbanos no Brasil e como vem sendo efetivada sua gestão, desde o ano de 1985, na Região Metropolitana de Aracaju. Aponta, também, o importante papel do Ministério Público, da Imprensa e de outras instituições na defesa do meio ambiente, sugerindo caminhos mais sustentáveis.

Artigo

DINO NETO, Nicolao.
Introdução ao estudo das infrações administrativas ambientais.
Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais , Ano 16, Volume 62, abr.-jun. de 2011. pp. 169-200.

O artigo traz considerações preambulares acerca das infrações administrativas ambientais, propondo linhas diretrizes para a compreensão dos pontos controvertidos que o tema oferece. Parte-se da relação existente entre o ilícito penal e o ilícito administrativo e suas necessárias diferenciações, notadamente no campo da culpabilidade. Na sequência, analisa-se o poder de polícia da Administração e seus desdobramentos no terreno da atividade sancionadora, enfocando as características do direito administrativo sancio-

nador e suas principais balizas que norteiam a formulação e a aplicação das infrações administrativas ambientais. No plano administrativo, o texto enfatiza a opção normativa brasileira por um tipo infracional aberto, de caráter objetivo. Examinam-se, em caráter final, aspectos concernentes à competência legislativa para a criação de infrações administrativas ambientais, dando-se destaque ao caráter geral das disposições constante da Lei 9.605/1998.

DIREITO CIVIL

Material e Processual

Artigos

Eficácia da sentença penal absolutória e condenatória no juízo cível

Vinicius Gonçalves Rodrigues

Mestrando em ciência jurídica pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro de Jacarezinho-PR.

Professor de Direito Processual Penal das Faculdades Integradas de Ourinhos e professor colaborador de Prática de Processo Penal da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

Introdução

O presente trabalho propõe fazer considerações sobre os reflexos da sentença penal absolutória e condenatória em relação ao juízo cível; para tanto, serão abordados os seguintes itens: tomar as opiniões dos estudiosos da matéria com o intuito de compreendê-la de forma clara e sucinta; buscar o questionamento a respeito da influência da sentença penal, na seara do juízo cível; questionar os limites de atuação do juiz do cível, quando a esse respeito tenha sido a matéria, objeto de sua análise, debatida no campo penal.

Com esses objetivos é necessário trilhar, ainda que brevemente, os caminhos da teoria geral do processo, especificamente no tocante à independência da Jurisdição, a fim de apurar a responsabilização civil do autor do ilícito penal.

É necessário, ainda, percorrer os meandros do novo Código Civil, do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, com o fim de identificar a responsabilidade civil advinda da ilicitude penal.

A independência da jurisdição

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, melhor que conceituar a jurisdição como um poder, preferimos, seguindo os passos de Couture, considerá-la nos seguintes

termos: “[...] jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar de forma prática a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.¹

Como decorrência do poder soberano do Estado, a jurisdição é una. A par disso, a doutrina divide a jurisdição, para efeitos didáticos, de divisão de trabalho e de competência, da seguinte forma: a) jurisdição penal ou civil; b) especial ou comum; c) superior ou inferior; d) jurisdição de direito ou de equidade.

Em razão do tema abordado, interessa nos, neste momento, a classificação da jurisdição pelo critério de seu objeto, ou seja, a jurisdição penal e civil.

Partimos do pressuposto de que é inegável o relacionamento existente entre a jurisdição penal e civil. A esse respeito, Antonio Carlos de Araújo Cintra leciona:

A distribuição dos processos segundo esse e outros critérios atende apenas a uma conveniência de trabalho, pois na realidade não é possível isolar-se completamente uma relação jurídica de outra, um conflito interindividual de outro, com a certeza de que nunca haverá pontos de contato entre eles. Basta lembrar que o ilícito penal não difere em substância do ilícito civil, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza; a ilicitude penal é, ordinariamente, mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil, destinado a reforçar as consequências da violação de dados valores, que o Estado faz especial empenho em preservar.²

Há, em nosso Direito, causas de natureza penal, civil, comercial, tributária, etc. Desse modo, é comum a divisão de tarefas, ou seja, divide-se a jurisdição entre os juízes, dando a uns competência para apreciação das lides de natureza penal e a outros, as demais, de natureza não penal.³

1 THEODORO JÚNIOR, 1990, p. 37.

2 CINTRA, 1992, p.123.

3 CINTRA, 1992, p.122.

Vicente Greco Filho ensina que a jurisdição é nacional, sua divisão é meramente técnica e tem por escopo a busca da resolução das diversas formas de conflitos que se apresentam ao Judiciário.⁴

Diante da enorme gama de conflitos que são levados ao Poder Judiciário, um único fato poderá constituir ilícito civil e penal ao mesmo tempo. Esse fato poderá vir a ser apreciado, em tese, por dois juízes ou por apenas um, ora investido da função penal e ora da civil.

A questão, porém, é saber se a jurisdição de um possui reflexos sobre a do outro e em qual medida, vale dizer, depende ou não da manifestação do outro magistrado e se aquilo que foi decidido por um juiz será aproveitado por outro e até que ponto.

Prescreve o art. 935 do Código Civil brasileiro: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Assim, a polêmica se instaura, na medida em que se analisa o mencionado dispositivo. Questiona-se como pode a lei dizer que a responsabilidade civil é independente da criminal, nos termos do *caput* do artigo mencionado e, ao mesmo tempo, mencionar que determinadas questões, quando decididas no juízo criminal, farão coisa julgada no cível.

Segundo os ensinamentos de José de Aguiar Dias, em comentários ao disposto no art. 1.525 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 935 do Código Civil brasileiro vigente:

Não cremos existir mais clara interpretação do art. 1525 do Código Civil, reduzida por Mendes Pimentel a esta fórmula: o injusto criminal nem sempre coincide em seus elementos com o injusto cível; quando, reconhecidos, na instância penal, o fato e a autoria, ainda assim for o acusado declarado não delinquente, por faltar ao seu ato alguma das circunstâncias que o qualificam criminalmente (por não estar completo o *subjektiv tatbestand*, como dizem os alemães) o julgado criminal não condiciona o civil, para o fim de excluir a indenização, porque não são idênticos num e noutro direito aos princípios determinantes da responsabilidade; no crime a responsabilidade por culpa é exceção, e no cível é a regra.⁵

A verdade é que a jurisdição é una e indivisível, mas não existe na jurisdição uma independência ou uma

interdependência absoluta. Um mesmo fato poderá sofrer responsabilização tanto na esfera criminal quanto na esfera civil, concomitantemente.

Dessa forma, o trabalho realizado pelo juiz do crime, em determinadas hipóteses, não poderá mais ser questionado pelo juízo cível, em face da visível interdependência relativa das jurisdições. A posição jurisprudencial firmada pelo STJ segue o entendimento consagrado de que a jurisdição é independente, no entanto, essa regra não é absoluta.⁶

O art. 63 do Código de Processo Penal brasileiro prescreve: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Ante as considerações até aqui trazidas, passaremos ao tópico seguinte que trata da sentença penal absolutória, a fim de verificarmos se esta também possui reflexos na área cível, não sem antes, porém, verificarmos o seguinte aresto:

Responsabilidade Civil. Jurisdições Cível e Criminal. Intercomunicam-se as jurisdições cível e criminal. A segunda repercute de modo absoluto na primeira quando reconhece o fato ou a sua autoria. Nesse caso, a sentença condenatória criminal constitui título executório no cível. Se negar o fato ou a autoria, também de modo categórico, impede, no juízo cível, questionar-se o fato. Diferentemente, porém, se a sentença absolutória apoiar-se em ausência ou insuficiência de provas, ou na inconsciência da ilicitude. Remanesce, então o ilícito civil. (STJ - 2ª T. -Resp - Rel.Vicente Cernicchiaro - j. 7.2.90 - RSTJ 7/400).⁷

6 Nesse Sentido: RMS 18688 / RJ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0106448-7-ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL - PRECEDENTES - INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL - PRESCINDIBILIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - RECURSO DESPROVIDO.I - Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, havendo regular apuração criminal, deve ser aplicada a legislação penal para o cômputo da prescrição no processo administrativo. Precedentes.II - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria. III - Recurso conhecido e desprovido.

7 STOCO, 1997, p. 107.

4 GRECO FILHO, 2000, p. 168.

5 DIAS, 1987, p. 954.

Extrai-se num primeiro momento o entendimento de que há uma interdependência da jurisdição e que a sentença criminal subordina, de forma absoluta, o juízo cível, quando reconhece a imputação do fato e de sua autoria, fazendo com que a sentença criminal seja considerada título executável no cível.

Sentença penal absolutória

O Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 386, apresenta em seus incisos seis hipóteses de absolvição. Fernando Capez alerta que os incisos pares (II, IV e VI) dizem respeito a hipóteses de falta de provas e que ensejam o ajuizamento de ação de reparação de danos, na esfera do juízo cível.⁸

Portanto, não é somente a sentença penal condenatória que reflete no cível, mas também a sentença absolutória haverá de produzir os seus reflexos.⁹ Desse modo, passaremos a analisar o artigo 386 do CPP, e, faz-se necessário, portanto, transcrevê-lo:

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I- estar provada a inexistência do fato; II- não haver prova da existência do fato; III- não constituir o fato infração penal; IV- não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V- existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts.17,18,19,22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI- não existir prova suficiente para a condenação.

Observemos, portanto, cada um dos incisos do art. 386, do CPP, que regula a disciplina da sentença penal absolutória, e os seus reflexos em relação à Justiça Civil.

Prova da inexistência do fato

Esse enunciado se encontra previsto no inciso I do

8 CAPEZ, 2006, p. 428.

9 Nesse sentido: REsp 26975 / RS; RECURSO ESPECIAL 1992/0022571-3- CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE TORCEDOR APÓS PARTIDA DE FUTEBOL POR GRUPO DO TIME RIVAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. ARTS. 1.525 DO CC E 66 E 386 DO CPP.INCOMPATIBILIDADE PARCIAL.I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Júri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do Código Civil quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente. II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato – e aqui ele ocorreu – permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar. III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias – em 1º grau até antes da decisão criminal – mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede, o pedido indenizatório, relativamente aos responsáveis. IV. Recurso especial não conhecido.

dispositivo mencionado. Caso, em consequência das provas produzidas nos autos, fique comprovado que o fato não existiu, impõe-se a absolvição.

Para uma melhor compreensão do dispositivo, valemos dos ensinamentos de Mirabete, nos seguintes exemplos: o agente é acusado de homicídio e, de repente, a pseudovítima reaparece totalmente íntegra fisicamente. Num segundo exemplo, supõe que a coisa a qual achara que se havia subtraído apareça dentro do automóvel do pseudo-ofendido, onde este a deixara.¹⁰ Desse modo, houve uma comprovação efetiva de que a acusação não conseguiu provar a existência do fato imputado ao agente.

Pelos dois exemplos acima, fica fácil perceber que a sentença penal absolutória, com fulcro no inciso I do mencionado art. 386 do CPP reflete diretamente no Juízo Cível. Contraditório seria o juiz penal afirmar que o fato não existiu e, ainda assim, o juiz do cível dizer que o fato existiu.

Observa-se que a repercussão no Juízo Cível é importantíssima, já que impossibilita o ajuizamento da ação civil *ex delicto*, necessária para a busca da reparação do dano.

O art. 66 do CPP permite o ajuizamento da ação de reparação civil, mesmo em face da sentença absolutória no criminal, quando esta não houver reconhecido categoricamente a inexistência material do fato. Por conseguinte, na hipótese de reconhecimento da existência material do fato, permite-se o ajuizamento da ação civil.

Nesse sentido, faz coisa julgada no cível a sentença penal absolutória que reconhece categoricamente a inexistência material do fato, excluindo, portanto, além da responsabilidade penal, também a civil.¹¹

Ausência de prova da existência do fato

Nessa hipótese, o fato delituoso pode até ter ocorrido, mas não houve dentro do processo um perfeito esclarecimento.

Mirabete menciona dois exemplos que retratam a premissa. No primeiro, diante da acusação de furto o processo não logrou êxito em comprovar ter a coisa sido subtraída ou

10 MIRABETE, 2006, p. 468.

11 Nesse sentido -RMS 10654 / SP; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1999/0018627-3RMS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. FATO INEXISTENTE.SENTENÇA CRIMINAL. ART. 386, I - CPP. I - A absolvição na forma do art. 386, I, do Código de Processo Penal, através de sentença criminal transitada em julgado, impede tome a instância administrativa por base aqueles mesmos fatos, reputados inexistentes, para sancionar pretensa falta residual, ainda que estejam eles tipificados na legislação local como aptos a ensejar a pena de demissão. Incide a letra do art. 1.525 do Código Civil. 2 - RMS provido.

perdida pela pseudovítima. Num outro exemplo, menciona a hipótese em que o laudo encartado nos autos ou a prova testemunhal não comprova ter havido conjunção carnal afirmada pela vítima de estupro ou no caso de corrupção de menores.¹²

No inciso II do art. 386 do CPP, permite-se a responsabilização no juízo cível, muito embora tenha ocorrido absolvição na esfera penal.¹³

Assim, o processo penal não conseguiu comprovar a existência do fato por não haver provas suficientes, o que não significa que tal fato não tenha existido, mas que, simplesmente, não restou comprovado. É possível, portanto, a responsabilização civil do agente.

Não constituição do fato em infração penal

O artigo 67, inciso III, do CPP, prescreve que a sentença absolutória que decidir que o fato imputado ao acusado não constitui crime não impedirá a propositura da ação civil.¹⁴ Sabe-se que, se o fato for um atípico penal, ou seja, não constituir um ilícito penal, nada impedirá que seja ele considerado um ilícito civil, dadas as peculiaridades da jurisdição em sede penal e civil, já que a primeira tem por escopo a busca da verdade real.¹⁵

12 MIRABETE, 2006, p. 468.

13 Nesse sentido - REsp 83889 / RS; RECURSO ESPECIAL 1995/0069378-0-Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Culpa concorrente da vítima. Pensão devida a filho menor (dano material). Direito de crescer. 1. A culpa tanto pode ser civil como penal. A responsabilidade civil não depende da criminal. Mesmo que haja condenação penal, tal não impede que se reconheça, na ação civil, a culpa concorrente da vítima. O que o art. 1.525 do Cód. Civil impede que se questione sobre a existência do fato e de sua autoria. 2. Em caso de dano material, a obrigação de pensionar finda aos vinte e quatro anos. Precedentes do STJ: REsp's 61.001, DJ de 24.4.95 e 94.538, DJ de 4.8.97.3. De acordo com o Relator, é cabível a reversão da pensão aos demais beneficiários (Súmula 57/TFR e REsp-17.738, DJ de 22.5.95). Ponto, no entanto, em que a Turma, por maioria de votos, entendeu não configurado o dissídio. 4. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido em parte.

14 Art. 67 do CPP. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I- o despacho de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação; II- a decisão que julgar extinta a punibilidade; III. A sentença absolutória que decidir que o fato não constitui crime.

15 Nesse sentido: Acórdão nº 5184 – Processo nº 0370246-3. DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DANOS MORAIS - OFENSA À HONRA CONFIGURADA - CULPA RECONHECIDA - INDENIZAÇÃO DE VIDA - APURAÇÃO DO QUANTUM - FIXAÇÃO EQUITATIVA - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1 - Resultando demonstrado que os requeridos não se limitaram a levar ao conhecimento de autoridade hierarquicamente superior, notícia do cometimento de crimes envolvendo o autor, mas se conduziram no sentido de atingi-lo moralmente, o que se percebe pelo teor das denúncias, as quais, diziam respeito a vários crimes, e pela insistência na formulação destas, com citação ostensiva do nome do suplicante em algumas delas, e desprovidas de qualquer suporte, já que foram arquivadas na Justiça Federal, aliado ao fato de terem sido publicadas no Jornal do Sindicato, no qual toda a classe tinha inequívoco conhecimento de que diziam respeito ao autor, na qualidade de Superintendente da 7ª SPRF/PR, em que pese não constar expressamente seu nome nas divulgações, somando-se que também noticiaram os fatos ao Presidente do Senado Federal, encaminhando cópias do

Mirabete, exemplificando, menciona a hipótese de um agente acusado da prática do ilícito penal de estelionato e o processo vem a concluir que havia ocorrido, na verdade, uma fraude civil. Num segundo exemplo, menciona hipoteticamente a situação em que paira uma acusação de crime de bigamia, prevista no art. 235 do Código Penal, e constata-se que o casamento anterior do agente havia sido anulado.¹⁶

Inexistência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal

Essa previsão consta do inciso IV. Trata-se de hipótese em que não há comprovação de que tenha o réu executado o crime ou ao menos participado dele. Como no direito penal vige o princípio do *in dubio pro reo*, o juiz criminal o absolverá quando estiver diante dessa hipótese. Isso não significará irresponsabilidade civil, que poderá ser devidamente apurada.¹⁷

Presença de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena

Essa hipótese, prevista no inciso V, implica também absolvição do agente acusado da prática do ilícito penal, já que ele se vê respaldado por circunstâncias que excluem o crime ou isentam o réu de pena. Ocorre que, em alguma dessas modalidades, diante da situação fática, não haverá responsabilização civil.

mesmo expediente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e da Câmara dos Deputados, resulta evidente a culpa, na modalidade. Negligência, impondo-se, assim, reconhecer o dever de indenizar. 2 - A absolvição do primeiro requerido na esfera criminal, não tem o condão de modificar a conclusão inequívoca de culpa dos réus na esfera civil. Primeiro, porque a sentença absolutória com fulcro nos artigos 386, III e VI, do Código de Processo Penal, não faz coisa julgada no cível, ex vi dos artigos 66 e 67, III, do mesmo diploma legal. E ainda que assim não o fosse, é de se observar que o elemento subjetivo do tipo, para o delito de denunciação caluniosa, é o dolo direto, ou seja, a vontade livre e consciente de imputar falsamente a terceiro, a prática de crime, tendo ciência da inocência. Já para o reconhecimento da responsabilidade civil, a lei se contenta com a culpa, ainda que leve, do agente, cuja conduta resulte prejuízo a outrem, assegurando-lhe o direito à indenização correspondente. 3 - A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie.

16 MIRABETE, 2006, p. 469.

17 Neste sentido. REsp 513899 / SC; RECURSO ESPECIAL 2003/0022517-5 -Responsabilidade civil. Empresa de transporte. Repercussão da sentença criminal de absolvição na ação cível de reparação de danos. Artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal e 1.525 do Código Civil de 1916. Precedentes da Corte. 1. A improcedência da denúncia, com apoio no art. 386, IV e VI, do Código de Processo Penal, não repercute na ação de reparação de danos, não merecendo relevo transcrição na sentença de parecer do Ministério Público local que menciona a existência de “causa fortuita” para excluir a caracterização do fato como crime culposo, “diante da inexistência de alguma das modalidades culposas”. Recurso especial não conhecido.

O art. 65 do CPP prescreve que fará coisa julgada no cível a sentença criminal que venha a reconhecer ter o ato sido praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Consoante poderemos verificar, nem sempre isso é possível, pois ocorre que, diante das circunstâncias do caso concreto, essa regra não funciona como um imperativo absoluto.

A regra, portanto, determina que, se a sentença absolutória for motivada em causa excludente de antijuridicidade, não haverá reparação do dano, salvo em casos nos quais a lei civil assim determinar.¹⁸

O inciso V do art. 386 do CPP possui uma série de peculiaridades quando se trata de saber quais são seus reflexos na área cível.

Assim, subsistirá responsabilidade em indenizar a vítima nas ocasiões em que esta não tiver sido considerada culpada pela situação de perigo.

Para melhor compreensão, colacionamos o exemplo esclarecedor: refletindo sobre uma situação hipotética, que ocorre até com certa frequência, de um motorista que destrói um automóvel regularmente estacionado, com o intuito de desviar-se de um pedestre imprudente. Desse modo, a solução na esfera da jurisdição penal seria a absolvição com fulcro no mencionado art. 386, inc. V, do CPP; apesar de beneficiar-se da excludente da antijuridicidade na esfera penal, concernente ao estado de necessidade, previsto nos arts. 23 e 24 do CP, não poderá se valer dela em face de sua responsabilidade civil, já que obrigado está a reparar o dano sofrido pelo veículo destruído, por tratar-se da hipótese de terceiro inocente, com direito de regresso contra aquele pedestre causador da situação de perigo que se concretizou.¹⁹

Vejamos: “O causador de dano, que age em estado de necessidade, responde perante a vítima inocente, ficando com ação regressiva contra terceiro que causou o perigo (TJSP – 2.º Gr. cams- Elnfrs.-Rel. Costa Manso – j. 25.10.73- RT 509/69).”²⁰

18 Nesse sentido: REsp 89390 / RJ; RECURSO ESPECIAL 1996/0012318-7-RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA. (EFEITOS).PARCELAS INDENIZATÓRIAS. 1. A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA NO JUÍZO CRIMINAL SUBORDINA A JURISDIÇÃO CIVIL QUANDO NEGACATEGORICAMENTE A EXISTÊNCIA DO FATO OU A AUTORIA, OU RECONHECE UMA EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE (LEGÍTIMA DEFESA, EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO, ESTADO DE NECESSIDADE DEFENSIVO). A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL POR FALTA DE PROVA, COMO OCORREU NO CASO, NÃO IMPEDE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO CÍVEL. 2. IMODIFICAÇÃO DAS PARCELAS INDENIZATÓRIAS DEFERIDAS, PELA APLICAÇÃO DA SÚMULA 7. RECURSO NÃO CONHECIDO.

19 CAPEZ, 2006, p.427.

20 STOCO, 1997, p. 107.

Nesse sentido, embora reconhecida na esfera penal a ausência de crime, uma vez que se operou a exclusão da ilicitude, mesmo assim, nada impede a responsabilização, em face de uma lide de natureza indenizatória.

Insuficiência de prova para a condenação

Hipótese do inciso VI, do mencionado artigo do CPP, diz que mais raras são as sentenças proferidas com base nesse inciso, já que em primeiro lugar, o juiz, na análise dos fatos, adequará a absolvição em um dos incisos anteriores.²¹

Consagra-se novamente o princípio do *in dubio pro reo*. Mirabete continua dizendo que, havendo dúvida quanto à existência de causas excludentes de culpabilidade e ilicitude, fundamenta-se com esse inciso e cita o seguinte exemplo: “É o que ocorre, por exemplo, em casos de lesões corporais recíprocas em que os contendores alegam legítima defesa sem que se consiga comprovar a iniciativa da agressão diante da divergência da prova testemunhal”.²²

Apesar da preciosa observação de Mirabete, a nosso ver, o mais fácil, mas não o correto, é a ocorrência, na prática, de situações que ensejam essa via de absolvição. Na dúvida, absolve-se em consagração do princípio do benefício ao réu.

Observação de grande relevância é a de Fernando Capez, mencionando que o rol do art. 386 não é taxativo. Exemplifica dizendo que, na hipótese de restar comprovado que o acusado não foi o autor do fato, hipótese não contida no rol, comumente, o magistrado absolve com base no art. 386, inc. VI; complementa dizendo que a melhor opção seria o alargamento da hipótese do inciso I, tendo em vista os reflexos na justiça civil.²³

Sentença penal condenatória

Pela análise do art. 935, observamos que a responsabilidade civil é independente da criminal, mas essa independência

21 MIRABETE, 2006, p. 469.

22 AgRg no REsp 826814 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0050005-5-PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRISÃO PREVENTIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 07/STJ.ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. ART. 386, INCISO VI, DO CPP. NÃO-VINCULAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL. I - O acórdão recorrido, ao dirimir a controvérsia, entendeu ser incabível a indenização por danos morais, pela falta de prática de ato ilegal por parte dos agentes públicos, inexistindo nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano.II - Atestou, ainda, que não houve erro judiciário, não necessitando, portanto, falar em ilegalidade da prisão preventiva ou de excesso de prazo dessa, sendo que, para rever tal posicionamento, seria necessário o seu reexame, que serviu de sustentáculo ao convencimento do julgador, ensejando, no caso, a incidência da Súmula nº 07/STJ.III - A jurisprudência desta Corte já se manifestou acerca da não-vinculação da absolvição criminal, com base no art. 386, inciso VI, do CPP, à responsabilidade cível do ente Estatal. Precedente: REsp nº 594.392/MA, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 13/09/04.IV - Agravo regimental improvido.

23 CAPEZ, 2006, p.427.

é mitigada, visto que decidido no juízo penal a existência do crime e o seu autor, sobre tal fato não mais caberá discussão. Vejamos o seguinte aresto:²⁴

Um dos efeitos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato quando esta já se acha decidida no crime. (TJSC - 3ª C. - Ap.-Rel. Ayres Gama - j. 22.9.75-RT 513/205).

Assim, se na instância penal houver a comprovação do ato ilícito, não mais haverá necessidade, nem interesse, de se colocar a matéria em discussão novamente na esfera civil, pois, se o fato constituir infração penal, também figurará como ilícito civil. Resta, portanto, saber se houve dano e qual será o seu valor.

Novamente nos socorremos nas lições de José de Aguiar Dias apresentada nos seguintes termos:

A decisão criminal condenatória não só tranca a discussão no cível como, já agora, nos termos do art. 65 do Código de Processo Penal, tem força executória, reduzindo a simples operação de liquidação em atribuições do juízo civil. Bem entendido, a execução só pode ser dirigida contra quem figurou na ação penal ou seu sucessor. Quando o responsável civil, isto é, a pessoa que deve reparar o dano, é outro que não o infrator, o autor material do delito, a sentença de condenação não tem rigorosamente, o mesmo efeito. Mas o responsável há de ser demandado diretamente, o que acontece, por exemplo, no caso de preposto condenado no juízo criminal.²⁵

O art. 91 do Código Penal faz menção aos efeitos genéricos da condenação, sendo certo que o *caput* e o inciso I prescrevem: "São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Nota-se que a obrigação de indenizar é decorrente, portanto, de obrigação legal, tratando-se de um efeito genérico da sentença e, diferentemente dos efeitos específicos previstos no art. 92 do Código Penal, não haverá necessidade que seja declarada na sentença condenatória, porque decorre da própria lei, responsabilizando o agente a responder civilmente por sua conduta danosa.

Desse modo, nos termos do art. 63 do CPP e do atual artigo 475-N do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que revogou o art. 584, II, do CPP, considerar-se-á como título executivo judicial a sentença penal condenatória.

24 STOCO, 1997, p. 106-107.

25 DIAS, 1987, p. 964.

Maria Helena Diniz apresenta as seguintes regras sobre os feitos civis da decisão prolatada em sede de juízo criminal: se a decisão da instância penal negar a existência material do fato ou o autor do delito, fechadas estarão as portas do juízo civil, com o intuito de debater essa questão em eventual ação futura de reparação de danos; nos termos do artigo 65 do CPP, a sentença que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito fará coisa julgada no cível; nos termos do artigo 66 do CPP, prescrever que a sentença absolutória proferida no crime que não tiver reconhecido categoricamente a inexistência do fato não impedirá a propositura da ação civil para apuração da culpa, no cível, porque a culpa do agente, apesar de levíssima, poderá ensejar a reparação civil, muito embora, conforme dito, não tenha sido responsabilizado criminalmente.

Desse modo, não fará coisa julgada no cível a sentença criminal que não apurar a existência do delito nem o seu autor, quando no juízo criminal for proferida sentença de pronúncia, impronúncia ou despronúncia, despacho de arquivamento de inquérito policial ou decreto de anistia ou perdão judicial. Isso em nada influirá no juízo cível, por ser perfeitamente possível a apuração da responsabilidade do agente; nos termos do art. 67, inciso II, do CPP, a decisão que julgar extinta a punibilidade ou a que decidir que o fato imputado não constitui crime não impedirá que seja o julgamento, na instância cível, livre para responsabilizar o seu agente; as decisões emanadas do juízo cível, que disserem respeito a questões relativas ao estado ou dominiais, farão coisa julgada no crime.²⁶

Considerações finais

Diante da pesquisa doutrinária e da jurisprudência aqui realizada, vislumbra-se a existência da denominada independência da jurisdição, muito embora não seja ela absoluta.

Acontece que em determinadas situações poderá haver apreciação de juízes que possuem competências diversas, como na hipótese de ficar comprovada categoricamente a existência do fato e o seu autor.

Nesses casos, dita a regra que haverá prevalência da decisão do juiz criminal em face da esfera civil e que, por isso, não se terá mais lugar para discussão acerca da natureza indenizatória do ato dito danoso, mas simplesmente estará o juízo cível compelido a proceder à liquidação do título executivo judicial ilícido, ou seja, proferir a sentença penal condenatória, já que ela, nesta hipótese, subordina a atuação da justiça civil.

26 DINIZ, 1994, p. 490.

A responsabilização civil, portanto, difere da responsabilização penal em múltiplos fatores, ressaltando-se que, enquanto no direito penal o autor infringe uma norma de direito público, na responsabilidade civil a violação se dá frente a uma norma de direito privado.

Não podemos ainda nos esquecer que na hipótese arrolada no inc. V, do artigo 386 do CPP, ou seja, nos casos em que o juiz do crime apurar a existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, também estarão fechadas as portas do cível para eventual discussão acerca de uma pretensão indenizatória. Deve-se atentar, porém, nesse caso, para a ressalva da vítima como causadora do perigo, o que possibilitaria a apreciação do juiz civil e ensejaria a responsabilidade civil, ou até mesmo para a hipótese de ocorrência da *aberratio ictus*, prevista no art. 74 do Código Penal brasileiro.

As demais hipóteses, nas quais a absolvição do juiz criminal se dá mediante a falta de comprovação dos fatos narrados, ensejarão profunda discussão na seara civil, pois a não configuração da ilicitude penal nada quer dizer em relação à possibilidade de comprovação do ilícito civil.■

Referências bibliográficas

GOMES, Luiz Flávio (Org). **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAHALI Yussef Said (Org). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações**. v. 11. Coordenação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. (Comentários ao Código Civil, v. 11)

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. Eficácia da sentença penal absolutória e condenatória no juízo cível. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 12/09/2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.

A razoável duração, a efetividade e o “tempo” do processo: qual é o tempo do processo civil brasileiro?

Guilherme César Pinheiro¹

Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Advogado

artigo 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. (PINHEIRO, 2010, p. 50).

Aportes iniciais

O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República), o tempo do processo e a efetividade processual são temas dos mais atuais e indissociáveis na temática do Direito Processual contemporâneo, porque se atrelam à questão da morosidade do Judiciário brasileiro, que é, hodiernamente, um dos grandes desafios a ser resolvidos pelo Estado.

Muito se discute e escreve acerca desses temas, principalmente em virtude das recentes alterações na legislação processual, seja civil seja penal², sem se esquecer das propostas de reforma total dos Códigos de Processo Penal e Civil, através dos Projetos de Lei do Senado nº 156/2009 e nº 166/2010, respectivamente.

Tanto essas alterações já em vigor como as propostas de modificações da legislação têm o intuito de encurtar o tempo do processo e, portanto, conferir efetividade a este (rectius: fazer com que a atividade da prestação jurisdicional produza os resultados esperados), concretizando, por conseguinte, o princípio da razoável duração do processo.

Entretanto, percebe-se que o legislador ordinário, sob influência da doutrina jurídico-processual brasileira, não compreende institutos da efetividade e razoável duração do processo conforme a moderna noção de Devido Processo Legal à luz do Estado Democrático de Direito, visto como:

[...] arcabouço principiológico uníssono (modelo constitucional do processo), esculpido nos conteúdos normativos do

1 É graduado em Direito (2010) pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Foi estagiário do Ministério Público de Minas Gerais (Promotoria de Registros Públicos) no período de setembro de 2008 a novembro de 2010.

2 O Código de Processo Civil vigente já sofreu cerca de 460 alterações legislativas, por meio de 46 leis (BRÉTAS C. DIAS, 2009, p. 460). Não é diferente com o Código de Processo Penal, uma vez que se pretende alterá-lo, parcial ou totalmente, desde 1963, quando Hélio Tornaghi elaborou um anteprojeto que nem chegou a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Mas, já se encontram em vigência, desde agosto de 2008, as Leis de números 11.689, que alterou a sistemática do procedimento de competência do Tribunal do Júri; 11.690, que diz respeito à gestão de provas no processo penal; e 11.719, que alterou dispositivos referentes à suspensão do processo, ao procedimento, à *emendatio libeli* e *mutatio libeli*. (BARROS, 2008, p. 1-3).

Essa incompreensão do Legislativo brasileiro evidencia-se pelas inúmeras (algumas infelizes, outras infrutíferas) modificações do Código de Processo Civil de 1973, que não alteraram, como era esperado, a caótica situação do Sistema Judiciário Nacional, até porque a simples mudança na lei, per se, não tem o condão de alterar coisa alguma.

Assim, este artigo tem o escopo de analisar o tempo e a efetividade do processo à luz dos princípios constitucionais processuais, como forma de possibilitar uma melhor compreensão do Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, esclarecendo também qual é a variável determinante do maior ou menor tempo do processo, indicando, ao final, a possível solução para o problema da morosidade da “justiça” brasileira.

Tempo e efetividade processual na principiologia do processo

Muito se tem escrito acerca da efetividade processual, ligando-a ao fator “tempo”, isto é, o “tempo” é considerado como o grande causador da ineficiência do processo. Entretanto, se o tempo é um fator natural que simplesmente flui sem força e de maneira uniforme, independentemente dos atos (ações e omissões) humanos, pergunta-se se é possível considerá-lo “fator de corrosão” de direitos e, portanto, causador da ineficácia processual.

Fernando Horta Tavares (2006), em estudo acerca do princípio da razoável duração do processo, apresenta a seguinte resposta para o questionamento acima exposto:

[...] não é o tempo que corrói, porque o ‘tempo apenas passa’; em si, o tempo nada pode corroer; já que flui em marcha: não tem força ou ação para corroer. O ‘tempo’, por si, ‘não causa malefício algum’: alguém é quem pode causar danos a outrem, isto é, um sujeito prejudicar a outro, propositadamente ou não. Logo, ‘o tempo não pode ser inimigo, porque só passa, é um acontecimento natural’. (TAVARES, 2006, p. 217).

Em seguida, conclui:

Responsabilizar o tempo por danos soa como uma evasiva mítica, sendo inevitável questionar-se sobre o que

ou quem se esconde, ou o que se quer proteger ou poupar para justificar a inaplicabilidade do denominado 'direito à tempestividade da resposta jurisdicional' [...] (TAVARES, 2006, p. 217).

Destarte, o "tempo" não é mesmo inimigo dos homens nem do Direito, por ser igual para todos, além de ser um acontecimento natural e inevitável. O homem é quem não consegue, por diversos motivos, realizar seus objetivos ou suas obrigações (deveres legais) no tempo almejado ou prescrito em lei.

Superada a problemática da questão "tempo", existe a necessidade de se pôr em pauta, a partir da principiologia do processo, a efetividade processual, que, por sua vez, encontra-se, segundo magistério de inúmeros processualistas de renome, arraigada ao fator "tempo" e a teorias do processo que vão de encontro aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Uma das principais lições é a de Marinoni (1994). Este propõe o que ele próprio denomina de "distribuição do ônus do tempo do processo" como forma de se alcançar a efetividade do processo, visto que, com a concessão de tutelas antecipadas – por meio de cognição sumária horizontal³ –, o réu é quem sofreria os males do tempo do processo, pois o autor ficaria com a posse do bem da vida pleiteado em juízo até o desfecho final da lide (arts. 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil vigente), o que rompe com a ordem tradicional do sistema.

Por essas razões, ele ainda destaca a necessidade de se pesquisar sobre diferentes modalidades de proteção jurisdicional com vistas a enunciar procedimentos que permitam a realização do direito material por meio de cognição sumária, a fim de que a atividade da prestação da jurisdicional possa satisfazer o crédito (bem da vida pretendido) reconhecido em juízo:

A questão da efetividade do processo, pois, obrigou o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha, de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito material mediante cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza. (MARINONI, 1994, p. 37-38).

Doutrina tangente à de Marinoni é a de Ovídio Baptista da Silva (2001), que aponta o procedimento ordinário, espe-

cialmente sua sistemática recursal, como um dos grandes fatores causadores da inefetividade processual, propondo como solução para resolver este problema o que ele chama de "regaste das ações sumárias". (SILVA, 2001, p. 26).

Acerca dessas proposições, importa mencionar que, no marco teórico aqui estudado, jamais se poderia cogitar a sumarização da cognição por imposição do devido processo legal, especificamente em respeito à ampla defesa, que garante amplitude de alegar e de provar o que foi alegado com todos os seus recursos (direito ao advogado e utilização do sistema recursal estabelecido em lei) e em espaço-tempo procedimental hábil.

Pode-se falar sim em "sumarização da técnica procedimental", prática já adotada pelo legislador brasileiro, pois, com as intermináveis reformas processuais introduzidas no Código de Processo Civil de 1973, criou-se o sincretismo processual (Lei nº 11.232/2005) e o instituto da Tutela Antecipada (Lei nº 8.952/94) (TAVARES, 2006, p. 222), só para citar algumas das novidades introduzidas após 1973. Mas a ineficiência, tanto processual quanto da função jurisdicional continua, segundo as aludidas correntes doutrinárias. Vê-se, portanto, que o problema não é o procedimento ordinário e seu sistema recursal.

Pensamento que também merece ser citado é o de Cândido Rangel Dinamarco (1996), pois se alinha à ideia de socialização do processo. Segundo este autor, para se chegar à efetividade do processo, é preciso permitir uma maior interferência do juiz admitindo-se, inclusive, que se afaste (desrespeite, suprima) a legalidade (princípio da reserva legal), com vistas a alcançar os escopos metajurídicos do processo como meio de pacificação social:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir os escopos do sistema [...]. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto de vista jurídico. (DINAMARCO, 1996, p. 325).

Paradoxalmente, os adeptos da teoria do processo como relação jurídica preconizam ser necessário conferir "poderes" aos magistrados, para que estes possam suprir as lacunas do ordenamento jurídico e realizar os escopos metajurídicos do processo; nega-se a todo custo, a fiscalização – (re)construção – incessante das leis por qualquer membro do povo (soberania popular), que é destinatário e co-autor do ordenamento jurídico. (HABERMAS, 1997). Ora, o processo não se presta apenas para a Defesa de Direitos, mas também para a fiscalização do ordenamento jurídico e das decisões judiciais. (LEAL, 2002).

3 Ovídio Araújo Baptista da Silva diferencia a cognição sumária vertical da sumária horizontal: nesta, o juiz aprecia todas as provas e questões suscitadas, porém de forma superficial, por exemplo, nos casos de decisões liminares; naquela, a apreciação do juiz se limitaria a determinadas questões (matérias) e provas como, por exemplo, nos casos de mandado de segurança, em que só é admissível produção de provas por meio documental. (SILVA, 2001, p. 6-7).

O que se vê é que essas teorias – que defendem que a efetividade do processo consiste em satisfazer o crédito (bem da vida jurídico) pretendido e reconhecido em juízo – não se preocupam com a efetividade (capacidade de fazer a coisa certa) do processo nem da jurisdição, visto que esta atua e se legitima por aquele (processo). Ou seja, a efetividade, tanto do processo quanto da jurisdição, reclama a observância aos direitos fundamentais que constituem a garantia do devido processo legal. A grande preocupação das citadas teorias é com os resultados (eficiência) da jurisdição. Contudo, não atacam o problema causador dessa ineficiência jurisdicional, embora o reconheçam, a saber: a falta de estrutura organizacional e tecnicamente qualificada do Judiciário.

Além do mais, não é possível falar em efetividade, seja do processo, seja da jurisdição, sem a observância do ordenamento jurídico vigente, sobretudo do texto constitucional, tendo-se em vista que é este que disciplina a atuação da jurisdição que é regida, por sua vez, pelo processo, que é efetivo, em bases democráticas, quando se asseguram aos cidadãos os direitos fundamentais formadores do arcabouço principiológico discursivo do devido processo legal, notadamente o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões e a isonomia processual, neste já incluída a imparcialidade do juízo, o que implicará ganho de legitimidade da decisão jurídica; isto se encontra muito bem explicitado por Souza (2009), com base em Rosemiro Leal (2002).

Nessa perspectiva de esclarecimento e de demonstração das aporias teóricas relativas à razoável duração do processo, faz-se mister esclarecer qual (ou quais) o(s) fator(es) determina(m), ou deveria(m) determinar a duração do processo, tendo-se em vista que, mais uma vez, a teoria informadora desta (duração do processo) mostra-se inconsistente em face da compreensão de devido processo legal no marco do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é preciso, primeiro, contraditar a teoria que informa, equivocadamente, quais são os fatores determinantes da duração do processo, para, ao final, demonstrar qual fator influi, de maior ou menor maneira, no tempo para o deslinde da lide. Essa será a proposta do capítulo seguinte.

A Produção de prova como variável determinante da duração do procedimento: uma contradita à dicção tradicional

A doutrina tradicional aponta como três os fatores determinantes do tempo do processo, quais sejam: a atuação dos procuradores das partes; a atuação do Poder Judiciário e a complexidade da causa. (MELO, 2005, p. 90-91) e (TUCCI, 1997). Contudo, à luz da principiolgia constitucional do processo (devido processo legal), é possível concluir não serem esses os fatores determinantes da duração do processo, pelos motivos que se seguem.

Quem afirma que a atuação das partes e dos seus procuradores é determinante para a duração do processo esquece-se dos institutos da decadência, da prescrição e, principalmente, da preclusão, que são infalíveis para as partes e seus procuradores, apesar de inexistirem para os magistrados, o Ministério Público e os serventuários do Judiciário.

O primeiro é “a perda do prazo para estar em juízo de pleitear direitos”; o segundo é “a perda do prazo de obter ato ou sentença reconhecadora de direitos em procedimento instaurado”. (LEAL, 2009, p. 184); o terceiro e último é a perda da faculdade de praticar ato processual.

Com efeito, percebe-se que há uma ligação entre o tempo e o exercício de direitos, sendo certo que a inércia do interessado traz consequências jurídicas. Quase sempre, especialmente depois de instaurado o procedimento, a inobservância dos prazos pelas partes implica prejuízos a estas.

Dessa forma, não se pode afirmar que existe abuso de direito de defesa quando as partes utilizam os mecanismos processuais (recursos, contestação, exceções, reconvenção e etc.), postos à sua disposição dentro do espaço-tempo procedimental. Só haverá abusos, se praticados fora do prazo determinado pela lei, o que, reitera-se para as partes, é praticamente impossível, uma vez que a preclusão é infalível, ou seja, não se protela o que está dentro do tempo e o que estiver fora é atingido pela prescrição, preclusão e decadência. (LEAL, 2009, p. 166-171).

Além do mais, embora grande parte da doutrina e dos operadores do direito culpem o sistema recursal brasileiro pela demora da prestação jurisdicional, inexistente estudo empírico-científico ou analítico-comparativo com o direito comparado, ratificando esta afirmação. Trata-se, na verdade, de mais um subterfúgio para não se implementar um sistema judiciário que atenda aos anseios da sociedade moderna e, ao mesmo tempo, respeite a Constituição de 1988.

De resto, destaca-se que a atuação dos procuradores das partes deve-se pautar pelo princípio da lealdade processual. Esse princípio se desvincula das virtudes intrínsecas das partes ou de seus procuradores, longe dos comportamentos moralmente estabelecidos pela sociedade e próximo das condutas exigidas e disponibilizadas pela lei – espaço-tempo discursivo de construção das decisões. (LEAL, 2009, p. 113-114).

Contudo, caso haja qualquer comportamento que se coadune como exigido por esse princípio⁴, o próprio Cód-

4 Além do princípio da lealdade, Ronaldo Brêtas (2001), em obra de destaque sobre o tema, arrola como princípios repressivos à fraude processual os princípios do dever de veracidade, de prontidão e de probidade. O primeiro, prescrito no inciso I do artigo 14 do CPC, impõe que se exibam os fatos conforme a verdade. O segundo determina a não protelação do andamento processual, uma vez que exige que as partes pratiquem seus atos processuais tão logo o possam fazer, não podendo, por exemplo, esquivar-se do dever legal de apresentar provas que detenha. O último exige que o litigante observe as regras atinentes à

go de Processo Civil brasileiro (arts. 17 e 18) estabelece meios para punir, tanto as partes quanto os seus procuradores. E, para reprimir os comportamentos desabonadores desses últimos, há também mecanismos prescritos no Código de Ética da OAB.

No tocante à atuação do Poder Judiciário, ele não determina a duração do processo, pois o princípio da reserva legal é que se impõe à atuação daquele. É, portanto, o direito fundamental da razoável duração do processo que determina a atuação do judiciário. Vivemos, ora, num Estado de Direito Democrático que adotou o sistema da *civil law*. Este, por sua vez, é estruturado pela lei (reserva legal). Cabe, assim, aos magistrados e serventuários a aplicação cogente desta, cumprindo-se, então, os atos que lhes incumbem nos prazos processuais prescritos (art. 189, I e II do CPC)⁵, visto que o princípio da legalidade é referente lógico-jurídico para qualquer atuação da esfera estatal, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

Argumenta-se que nem sempre o lapso temporal prescrito pela lei para a realização de algum ato (prazo), seja ele prescrito, decadencial ou preclusivo, é razoável (MELO, 2005, p. 90-91), porém não há que se discutir, no espaço-tempo procedimental-judicial, a razoabilidade ou não do prazo estabelecido pela norma; tanto as partes quanto os agentes públicos (magistrados ou serventuários) devem cumprir a lei, sob as consequências de preclusão temporal para os primeiros e responsabilidade civil para os últimos⁶.

Por fim, considera-se, também, a “complexidade da causa” um dos fatores de aferição do tempo do processo, dividindo-a em complexidade de fato e de direito. Todavia, este ponto precisa passar por um maior esclarecimento. O correto é falar em complexidade em demonstrar (afirmar) os argumentos fático-jurídicos aduzidos pelas partes, o que se faz pela produção de provas. A prova é o elemento que apresenta e demonstra (afirma, ratifica) os argumentos fático-jurídicos aduzidos pelas partes, por meios intelectivos autorizados pela lei (LEAL, 2009, p. 196-197). São fático-jurídicos, porque a prova se presta à confirmação da situação fática reconstruída exhaustivamente em contraditório pelos envolvidos, que, por conseguinte, referem-se aos argumentos jurídicos

moral, sem ardis, sem fraude e sem trapaça. (DIAS, 2001, p. 86-94).

5 Art. 189. O juiz proferirá:

I - os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias;

II - as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.

6 DIAS, Ronaldo Brêtas C. Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 174-203. Ressalta-se que o autor defende a tese de responsabilidade do Estado não só por omissão (demora da prestação jurisdicional), mas, também, por erro e por ato pessoal do juiz. Nessa última hipótese, o prejudicado poderia requerer em juízo a responsabilização do Estado ou do juiz. Destaca-se, ainda, o ponto em que o autor afirma ser possível pleitear indenização por atuação de juiz obtuso, conceituando este como aquele que age com imperícia ou incúria.

(alegações de preliminares ou de mérito) articulados com o intuito de se deduzir qual norma, entre as *prima facie* aplicáveis, é adequada ao caso. (GÜNTHER, 1993, 1995). Daí se fala na inexistência do desdobramento de questões de direito e de fato. (BARROS, et al. 2005, p. 10).

Acontece que existem três diferentes meios (procedimentos) intelectivos de demonstração dos fatos e argumentos deduzidos: produção de prova documental, testemunhal e pericial. Cada um possui sua especificidade e grau de complexidade.

Observe-se o procedimento de produção de prova documental, aqui entendida como a confirmação do acontecimento ou a existência de um fato, podendo ser escrita ou gravada (fotografias, filmes, gravações sonoras, etc.), pública ou particular. A Lei Processual Civil (art. 396) determina que o documento deve instruir a petição inicial (art. 283) ou a réplica (art. 326), produzida pelo autor, ou instruir a resposta (art. 297), feita pelo réu.

Todavia, permite-se às partes a juntada de documentos em momentos diferentes destes, desde que se destine a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos (art. 397). De todo modo, em respeito ao contraditório, há que se intimar a outra parte para se manifestar, em cinco dias, acerca do requerimento de juntada de documentos (art. 398). De resto, é possível que o juiz requisite às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, certidões necessárias à prova das alegações das partes e procedimentos administrativos nas causas em que forem vinculadas pessoas jurídicas de direito privado.

Por outro lado, processa-se também a produção de prova oral, consistente no depoimento pessoal, no interrogatório e na oitiva de testemunha. A primeira espécie de prova é o testemunho de uma das partes (autor ou réu) prestado em juízo em audiência de instrução e julgamento; o segundo consiste no testemunho da parte acerca dos fatos da causa, não necessariamente na audiência de instrução e julgamento, pois pode ser feito a qualquer tempo, a requerimento da parte ou ex officio, sem, contudo, ter o condão de gerar confissão, em caso de não comparecimento da parte intimada, como ocorre no depoimento pessoal. (CÂMARA, 2010, p. 421- 422). A última reside no testemunho em juízo de terceiros (aqueles que não são partes). Quanto aos atos de produção (proposição, admissão e produção propriamente dita), destaca-se que a parte deve indicar o rol de testemunhas (propor a prova) no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositando em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, a profissão, a residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol deve ser apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência, isto quando se tratar de procedimento ordinário (art. 401), visto que, em se tratando de procedimento sumário, o rol de testemunha há

de ser indicado junto com a petição inicial (art. 276). Na audiência, a parte não só pode como deve contraditar a testemunha em casos de incapacidade, impedimento ou suspeição desta, podendo, inclusive, produzir prova oral ou documental no sentido de comprovar sua alegação (art. 411, § 1º). Em caso de indeferimento da contradita apresentada, há que se interpor agravo na modalidade retida oral (art. 523, § 3º).

Por último, analisa-se o procedimento de produção de prova pericial, que consiste em avaliação, exame ou vistoria técnica acerca de algum fato ou objeto relevante para a resolução do mérito. Quanto à procedimentalidade, o juiz nomeará perito, oportunidade em que fixará prazo para a entrega do laudo (resultado da perícia). Entretanto, por um erro legislativo, inexistente um limite temporal máximo ou mínimo para este ato. Por outro lado, é certo que em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito, as partes têm de indicar assistente técnico e/ou apresentar quesitos (art. 421, incisos I e II). Realizada a perícia no prazo fixado pelo juiz, o expert apresentará o laudo em cartório, pelo menos 20 (vinte) dias antes do dia da audiência de instrução e julgamento (art. 433). Em seguida, as partes deverão, em 10 (dez) dias, manifestar-se acerca do laudo.

Caso seja analisado o procedimento destes três meios de provas, é fácil concluir que a produção de prova pericial é a mais complexa e demanda um lapso temporal maior que o das provas orais e documentais, e essa última destaca-se como a menos complexa e a mais rápida das três, até porque, via de regra, sua produção ocorre simultaneamente com a fase postulatória (petição inicial, resposta e réplica).

A série de atos conexos entre si de produção de prova pericial (nomeação de peritos; indicação de assistentes técnicos e/ou apresentação de quesitos; apresentação do laudo pericial em cartório; manifestação sobre o laudo; audiência de instrução e julgamento para maiores esclarecimentos) é maior que a de produção oral e documental. A complexidade da causa (lide), portanto, reside nas provas a serem produzidas, ou seja, nos meios intelectivos de demonstração, a afirmação dos fatos deduzidos.

Ademais, existem no Código de Processo Civil vigente, outros conteúdos normativos que corroboram a tese aqui defendida (que é a do procedimento de produção de prova que determina o tempo do processo), a saber: o esdrúxulo art. 285-A, que autoriza o juiz a indeferir totalmente o pedido do autor, caso já tenha este mesmo juiz proferido sentença em “causa idêntica”, se a demanda versar apenas sobre questões de direito “ou se não houver mais provas” a serem produzidas, dispensando, inclusive, a citação do réu⁷; e o preceito do parágrafo 3º do Art. 515, o qual pres-

7 Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida

creve que, nos casos de extinção sem julgamento do mérito (art. 269), o tribunal pode julgar desde logo a lide (mérito – *res in iudicium deducta*), “se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgado” (leia-se: não houver mais prova a ser produzida).

Pelo exposto, infere-se que a razoável duração do processo diz respeito ao procedimento, porque este estabelece o marco inicial (*dies a quo*) e o marco final (*dies ad quem*) para a prática de atos processuais, sendo que o procedimento de produção de provas é a variável determinante do maior ou menor lapso temporal para o desfecho final da lide (sentença de mérito).

Esclarecido mais um ponto relativo à razoável duração do processo, pode-se passar à análise específica deste, a fim de se cumprirem os desafios propostos por esta pesquisa.

Considerações finais

Em face de todas essas considerações, isto é certo: essas inúmeras alterações no Código de Processo Civil não resolveram nem resolverão sozinhas o problema da morosidade da atividade jurisdicional. A solução desse problema diz respeito à Administração Pública, não ao legislador. O cerne da questão é muito mais estrutural e administrativo do que legislativo. Exige-se uma atuação conjunta do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. É certo que algumas das alterações, já em vigor, ajudaram, mas só essas modificações não são suficientes, nem mesmo uma reforma total das leis processuais, seria porque a lei, *per se*, não tem o condão de mudar a estrutura de um Judiciário que precisa atender uma complexa e moderna sociedade como a brasileira.

Nessa linha de pensamento, é preciso esclarecer o que se pretende: alcançar a efetividade do processo ou a eficiência da prestação jurisdicional. Se o desiderato for atingir a efetividade processual, basta aplicar a Constituição, no que se refere aos direitos fundamentais caracterizadores do processo. Mas, se o objetivo for fazer com que a prestação jurisdicional seja eficiente (leia-se: produza os resultados esperados), deverá haver uma atuação conjunta do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, conforme mencionado acima, o que também passa, essencialmente, pelos preceitos constitucionais.

Além do mais, se for levado em consideração o princípio da supremacia constitucional, toda modificação da legislação vigente, baseada na retórica de que se imprimirá celeridade à atividade de prestação jurisdicional (alçando, por consequência, a razoável duração do procedimento) conferindo-se poderes aos magistrados, em detrimento das garantias processuais, lesará o modelo constitucional do processo, en-

sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

sejando a declaração de sua inconstitucionalidade.

Não se pode olvidar que o tempo do processo é deduzido do procedimento, sendo a prova a ser produzida (ou melhor, o procedimento probatório) a variável determinante para um maior ou menor lapso temporal do desfecho da demanda.

Ora, por conseguinte, a ideia de razoável duração do procedimento aqui defendida implica imposição (dever legal) aos magistrados e serventuários, cuja inobservância acarreta responsabilidade do Estado e até mesmo pessoal do agente público, caso se verifique a ocorrência de danos. Nessa perspectiva, inexisteriam os esdrúxulos prazos impróprios, maiores causadores das etapas mortas do processo e geradores da morosidade da jurisdição. ■

Referências bibliográficas

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/2008 e n. 11.719/2008. 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 CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 15., 2005, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 297-297.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: BRÊTAS; Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). **Processo Civil Reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1. p. 457-496.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Fraude no Processo Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. v. 1. 160 p.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 1. 240 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**: application discourses in morality and law. New York: State University of New York Press, c1993.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Velasco Arroyo. **Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho)**. Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca tempo universitário; 101/102).

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

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. 94 p.

MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na reforma constitucional de 2004. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 124, p. 76-110, jun. 2005.

PINHEIRO, Guilherme. César. O devido processo legal: uma abordagem à luz do Estado Democrático de Direito. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, v. 20, p. 50-54, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. **Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária**. Porto Alegre, v. 49, n. 287, p. 5-29, set. 2001.

SOUZA, Joaquim Adelson Cabral de. **O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil Que Queremos**: reflexão sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006. v. 1, p. 585-626.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 168 p.

Jurisprudências

TJMG - 9ª Câmara Cível.

O não cumprimento da função social de um imóvel rural não justifica a sua invasão por grupos sociais

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC - DEFERIMENTO QUE SE IMPÕE - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - INADEQUAÇÃO - FORMA ADEQUADA - DESAPROPRIAÇÃO - A proteção possessória está condicionada a demonstração da posse anterior e do esbulho perpetrado, e dispensa a comprovação da produtividade. Assim, o cumprimento da função social da propriedade é circunstância a ser analisada em processo de desapropriação pelo Poder Público, na forma prevista na Constituição da República, e não pode servir para agasalhar possíveis invasões de terras pertencentes ao particular.

SÚMULA: REJEITARAM AS PRELIMINARES, JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

(TJMG, 9ª Câmara Cível, Processo nº 1.0024.02.736148-4/004(1) / Numeração Única: 7361484-41.2002.8.13.0024, Relator: Des. OSMANDO ALMEIDA, Data do Julgamento: 19/07/2011, Data da Publicação: 08/08/2011)

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

DIAS, Maria Berenice (Coord.).
Diversidade sexual e direito homoafetivo.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Dar visibilidade e impor respeito às diferenças de caráter sexual, bem como inserir os direitos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros no sistema jurídico é um projeto antigo da coordenadora desta obra.

Escrita por juristas que se notabilizaram na abordagem dos diversos aspectos relacionados ao tema, a presente obra é um passo decisivo para a sistematização do direito homoafetivo.

São apresentados, inicialmente, os possíveis modelos de enquadramento jurídico das uniões homoafetivas. Seguem-se temas:

- A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual
- Da união homoafetiva como uma família constitucionalmente protegida

- Afetividade como norteador das relações familiares
- O reconhecimento da homoparentalidade
- O cabimento dos alimentos nas uniões homoafetiva
- Dano moral e o direito à livre orientação sexual
- Homoparentalidade e filiação
- Da partilha de bens
- Uso do nome social e a adequação do prenome antes da realização de cirurgia genital
- Seguro DPVAT ao beneficiário homossexual
- Planos de saúde
- Criminalização da discriminação por orientação sexual sob o enfoque do direito fundamental à tolerância
- Licença paternidade e a adoção.

Trata-se, assim, de obra que, acima de tudo, contribui decisivamente para desconstruir o preconceito ainda tão forte em nossa sociedade.

Artigo

THEODORO JÚNIOR, Humberto.

O Seguro de responsabilidade civil – Disciplina material e processual.

Revista de Direito Privado, São Paulo, ano 12, v. 46, p. 299-321, abr./jun. 2011.

Humberto Theodoro Júnior enfoca o novo quadro traçado pelo Código Civil de 2002 para o contrato de seguro de responsabilidade civil, que adotou a estrutura de garantia em lugar da antiga modalidade indenizatória. Daí decorre a possibilidade de a vítima reclamar do segurador em ação direta a indenização prevista na apólice, posto que o seguro de responsabilidade civil não produz meramente o dever de reembolso de gastos pelo segurado.

Não mais havendo o direito regressivo à intervenção de terceiro manejável pelo segurado para forçar a inserção do segurador no processo indenizatório insaturado pela vítima do dano deixa de ser denúncia da lide e passa a ser a do chamamento ao processo, o que faz desaparecer a distorção criada pela jurisprudência

de transformar, contra legis, denúncia da lide em instrumento de condenação direta do segurador.

Theodoro Júnior conclui seu artigo dizendo que “a ‘ação direta’, no campo do seguro de responsabilidade civil, no qual se implantou pioneiramente, não surgiu da obra do legislador, mas da capacidade criativa da jurisprudência, exercida dentro das exigências humanas, sociais e econômicas ditadas pela vida moderna. Pelo que não se justifica nem vale a pena opor-lhe resistência, entre nós, à base de argumentos extraídos de uma técnica anacrônica e incapaz de atender à atividade e economia de que o direito processual não pode prescindir”.

DIREITO PENAL

Material e Processual

Artigos

A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro

Jadir Cirqueira de Souza

Promotor de Justiça de Minas Gerais

Introdução

O presente artigo tem como objetivo proporcionar ampla visão do depoimento sem dano, denominação utilizada por Cezar (2007) e, em seguida, explicitar os critérios objetivos na busca de sua implantação nas comarcas brasileiras, especialmente nas varas da infância e da juventude, como uma das formas de reduzir os prejuízos e/ou danos psicológicos provocados nas crianças e adolescentes que, na qualidade de vítimas, especialmente nos casos de abusos sexuais praticados no ambiente familiar ou comunitário, sejam intimadas a prestarem depoimentos, declarações ou esclarecimentos perante os diversos agentes das instituições do sistema de segurança pública, nas varas de família e junto aos demais integrantes da rede de proteção.

O texto foi produzido em decorrência de nossa participação nas diversas oficinas, painéis e palestras realizadas no I Encontro Nacional de Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes no Judiciário Brasileiro, realizado nos dias 18, 19 e 20 de maio de 2011, na cidade de Brasília-DF, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) a ONG Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil), filial brasileira da World Childhood Foundation e as demais instituições ligadas à proteção infanto-juvenil.

Inicialmente, este texto situará o depoimento sem dano ou com redução de dano no sistema processual em vigor; em seguida trará os aspectos necessários à compreensão sistêmica do instituto; mostrará as vantagens, bem como as críticas à sua utilização nas varas criminais, de família e da infância e da juventude, e, por fim, indicará os passos e alguns cuidados necessários, principalmente a prepara-

ção da equipe interprofissional na implantação da nova sistemática protetiva de crianças e adolescentes, vítimas de maus-tratos, abusos sexuais e demais formas de violência física ou moral.

É dirigido aos advogados, defensores públicos, promotores de Justiça e juízes de direito, bem como às equipes técnicas lotadas nas varas da infância e da juventude (psicólogas, assistentes sociais, pedagogos) com o escopo de estimular o prévio debate científico e a criação e o funcionamento das salas especiais de tomada de depoimentos de crianças e de adolescentes como uma das formas válidas de impedir ou, pelo menos, dificultar o fenômeno da revitimização.

A implantação das salas especiais para colheita do depoimento com redução de dano, para se utilizar a terminologia politicamente correta, não conflita ou reduz a necessidade da contínua efetivação das demais ações, medidas e políticas públicas destinadas à proteção integral dos novos direitos infanto-juvenis (SOUZA, 2008).

Na verdade, trata-se de política pública setorial, voltada à apuração de ilícitos que envolvam crianças e adolescentes, a qual, empregada e implantada adequadamente em cada comarca brasileira, além de reduzir a denominada revitimização, contribuirá para diminuir os graves índices de impunidade na apuração dos crimes de abuso sexual, além de reduzir o fundado temor de condenação criminal de inocentes.

Trata-se de passo singelo, com a utilização de poucos recursos financeiros, sejam públicos ou privados, em comparação com os ganhos substanciais na proteção às vítimas da violência infanto-juvenil.

Nos debates realizados no prestigiado evento internacional, destacou-se que seria possível a preparação de uma sala de depoimento especial em cada comarca brasileira, com a doação de recursos financeiros oriundos da inicia-

tiva privada e dos fundos federal, estaduais e municipais de defesa dos direitos infanto-juvenis, sem a necessidade de se passar pelos surrados discursos da inexistência de previsão orçamentária, tripartição de Poderes, atos discricionários, vontade política etc.

A impunidade dos crimes sexuais praticados contra crianças em tenra idade precisa ser discutida. As condenações não chegam a três por cento dos casos denunciados junto aos órgãos da segurança pública e perante o Poder Judiciário. Embora o sistema judicial aceite a palavra da vítima para a possível condenação, os efeitos dramáticos dos depoimentos das crianças merecem análise mais detida. Também não existem ainda ações terapêuticas para acompanhar os agressores, durante e após o término da execução penal, dado que corrobora a silenciosa e abominável continuidade dos abusos sexuais intramuros.

Para se ter uma ideia da gravidade do problema em relação à falta de tratamentos terapêuticos específicos para abusadores, vítimas e famílias envolvidas, segundo a ABRAPIA (Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência), um pedófilo ativo abusa, em média, de 260 crianças e adolescentes, sendo que, no Brasil ocorre um abuso sexual a cada 7 horas (MONTEIRO FILHO, 2002, p. 7).

A implantação do sistema em cada comarca passa, ainda, pela ideia central de que as instituições públicas e privadas que atuarão nas salas especiais possuem seus limites e espaços próprios de atuação profissional previstos na legislação em vigor, bem como no protocolo comum de ações, que deverão ser adotadas em cada caso concreto, de modo que sejam minimizados os conflitos entre as medidas terapêuticas e as ações policiais e judiciais cabíveis, sendo oportunas as lições sobre os conflitos psicológicos na rede de atendimento (FURNISS, 2002, p. 13).

Enfim, constitui mais um decisivo passo das instituições no longo caminho em busca da integral defesa dos novos direitos infanto-juvenis.

O sistema legal

No plano internacional, vários instrumentos legislativos de proteção fixaram os princípios e os paradigmas para implantação da defesa dos direitos das crianças e adolescentes, sendo de se registrar, pela importância histórica, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, em seguida, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, também aprovada pela ONU, em 20 de novembro de 1989, sendo as bases estruturantes dos principais estudos sobre a proteção infanto-juvenil no mundo, bem como das ações governamentais dos países signatários (MONACO, 2005).

No país, com a entrada em vigor do primeiro Código de Menores em 1927, iniciou-se o secular ciclo menorista judiciário, sendo utilizados como um dos paradigmas de atuação restritiva os Tribunais de menores do sistema norte-americano (MENDEZ & COSTA, 1994, p. 18).

Em 1979, com a vigência do segundo Código de Menores, tem início a segunda fase do sistema menorista repressivo. Como uma das notas marcantes da época, reforçaram-se nos espaços legislativo e administrativo e na atuação mais incisiva dos juizados de menores, concentrando-se todas as ações e medidas de proteção e/ou repressão nas varas de menores (SOUZA, 2008).

Por conta dessa perspectiva unilateral e eminentemente punitiva, nas varas especializadas eram restritas as possibilidades de uso dos direitos de defesa e do processo legal por parte dos menores apreendidos, que, se encontrados em situação irregular, sem maiores questionamentos jurídicos eram liminarmente acolhidos em instituições públicas coordenadas pelos juizados de menores e a direta participação de entidades assistencialistas e religiosas.

Entretanto, observou-se na história que os períodos de vigência dos dois códigos de menores foram injustos com a população infanto-juvenil e, além disso, não resistiram aos avanços institucionais e democráticos, na medida em que tratavam como questão policial situações objetivas de necessidades sociais básicas e, além disso, não garantia a diferença de tratamento jurídico entre os menores infratores e as vítimas de maus-tratos nas famílias, na sociedade e pelo próprio Estado, remetendo-as para os famosos orfanatos, Febens, abrigos etc. (RIZZINI, 1997 e SARAIVA, 2006).

A entrada em vigor da Constituição Federal (CF), em 1988, e a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, romperam com os ciclos de práticas menoristas retirando-se, legislativamente, como consequência jurídica elementar, os menores da condição de objeto e passando-os à condição de titulares de direitos e deveres, muito embora, sob o manto da legislação estatutária, várias ações menoristas persistem e, muitas vezes, práticas são ressuscitadas, como, por exemplo, o denominado Toque de recolher (nome dado às portarias judiciais genéricas com força de lei que, sem contraditório, ampla defesa e com violação do direito à liberdade, permitem a apreensão genérica de crianças e adolescentes no período noturno).

Outra prática menorista ultrapassada, porém recorrente nas varas da infância e da juventude, digna de severas críticas, reside na passividade dos operadores do direito em relação à contínua utilização do regime de acolhimento institucional (nova denominação do regime de abrigo) para esconder mais de trinta mil crianças e adolescentes em ambientes sabidamente inadequados à convivência familiar e comunitária.

É inequívoca a continuidade das práticas menoristas nos dois exemplos. O mesmo rigor e a rapidez utilizada pelos juízes e tribunais, advogados, defensores públicos e alguns membros do Ministério Público, para colocarem em liberdade perigosos bandidos, pelo excesso de prazo na tramitação dos processos penais, é exatamente o oposto na luta pelo desabrigoamento de crianças e adolescentes que possuem pais, parentes, familiares etc. e passam anos a fio abrigados para proteção.

O mais grave é que, nas hipóteses identificadas, a utilização do ultrapassado sistema menorista, acaba por violar elementares direitos fundamentais, exatamente por aqueles que têm como um de seus deveres funcionais garantir o cumprimento da Constituição Federal (BITTENCOURT, 2010).

Enfim, a partir de 1990 começa-se a viver institucionalmente no país um novo e alvissareiro ciclo de proteção integral infanto-juvenil, adequado às novas regras, princípios e paradigmas constitucionais e internacionais.

No entanto, a falta de conhecimento das leis, da CF e do ECA; a ausência de políticas públicas consistentes; e a pouca vontade social na efetivação dos novos direitos precisam ser enfrentados, sobretudo com muita discussão, informação, disposição resolutiva dos autores coletivos e, em último caso, com ações judiciais coletivas no sentido de exigir dos poderes públicos a integral proteção infanto-juvenil, com a devida utilização do novo processo coletivo (ASSAGRA, 2008).

A despeito dos retrocessos como, por exemplo, o Toque de recolher e o excessivo abrigamento involuntário de crianças e adolescentes, o ECA e a CF (art. 227) trouxeram os princípios e as regras aplicáveis às relações jurídicas, sempre que estiverem em discussão direitos e deveres de crianças e adolescentes (ECA, art. 2º) em quaisquer repartições públicas e privadas, juízos e tribunais.

Ou seja, nas relações de direito material e de direito processual nos planos preventivo e repressivo deverão prevalecer os novos fundamentos e princípios constitucionais-estatutários, sendo as demais regras e princípios utilizados, subsidiariamente (art. 152 do ECA).

O ECA organizou um microsistema específico e completo de proteção de direitos infanto-juvenis.

Diferentemente de outrora, em que permaneciam os códigos de leis em vigor por séculos, o legislador brasileiro optou por estabelecer numa lei específica, retirando dos códigos todas as nuances, características, valores e regras para proteção de determinados segmentos sociais, como por exemplo, os consumidores, o meio ambiente, os idosos, as vítimas da violência e as crianças e adolescentes.

As respectivas leis trazem em seu bojo as principais regras e princípios civis, penais e administrativos, relegando-se aos códigos de processo e às leis de direito material tão somente a utilização subsidiária.

Nesse diapasão, acima das demais leis existe a CF. Excessiva em alguns aspectos, pouco aplicada por muitos, constitui a base prévia na aplicação das leis. Todos os juízes, da vara única no interior ao mais importante tribunal, obrigam-se a observar, prejudicialmente, a compatibilidade entre a lei e a CF, preferindo-se, sempre, as normas e princípios constitucionais, dada a superioridade kelseniana.

A normatização constitucional e estatutária em vigor privilegia a prevenção. Traduz indeclinável desejo dos legisladores brasileiros que as ações, medidas e providências sejam adotadas no sentido de impedir e, se consumados, minimizar a ocorrência de ilícitos e danos aos direitos das crianças e adolescentes.

No sentido da atuação do sistema garantista dos novos direitos, a proteção primária é a melhor alternativa no respeito aos direitos infanto-juvenis, pois impede a ocorrência das nefastas consequências físicas e psicológicas impostas às vítimas em tenra idade. Os exames médicos obrigatórios, a amamentação, a disponibilidade de creches e a vacinação infantil constituem exemplos de políticas públicas relevantes (SOUZA, 2008).

Porém, insuficiente o sistema preventivo, passa-se a utilizar o sistema secundário, composto pela rede de proteção integral, sempre que restar caracterizada uma das hipóteses do art. 98 do ECA.

Crianças e adolescentes, vítimas das ações ou omissões da família, da sociedade e do Estado recebem auxílio, proteção e amparo do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério Público e do Poder Judiciário, após a devida provocação pelo exercício do direito de ação.

O sistema terciário refere-se à apuração e punição de adolescentes que praticarem atos infracionais (crimes ou contravenções penais, art. 103 do ECA) (SARAIVA, 2006).

De outro lado, na esfera jurisdicional protetiva, orientados pela CF e pelo ECA, pelo Código de Processo Penal (CPP) e pelo Código de Processo Civil (CPC), além das legislações esparsas, observa-se que existem regras e princípios processuais pertinentes à apuração dos ilícitos civis, penais e administrativos praticados contra crianças e adolescentes.

As ações, procedimentos e medidas administrativas adotadas no âmbito da vara da infância e da juventude constituem o primeiro núcleo de providências realizadas junto ao Poder Judiciário.

De natureza protetiva, na realidade, objetivam impedir e, se necessário, proteger os direitos de crianças e adolescentes. O exemplo clássico é o das representações interpostas pelo Ministério Público perante o Poder Judiciário contra donos de bares, boates e de casas de shows que desrespeitem as portarias judiciais autorizativas dos específicos eventos festivos.

Na esfera processual civil, existem as ações judiciais individuais e coletivas, que podem ser utilizadas pelos respectivos legitimados ativos, sempre que restarem lesados direitos individuais e coletivos de crianças e adolescentes.

É comum que nas varas de família sejam discutidos direitos de crianças e adolescentes nas ações de guarda e regulamentação de visitas. São também recorrentes nas ações de alimentos. Em todas as hipóteses elencadas, os direitos das crianças e adolescentes são colocados em situação diferenciada na busca de sua integral proteção.

E, por fim, como meta protetiva, no âmbito do processo penal, serão deflagradas as ações penais públicas incondicionadas, sempre que maiores de dezoito anos de idade, à época dos fatos, praticarem crimes e contravenções penais em face de crianças e adolescentes.

Antes do início das ações penais, instauram-se os inquéritos policiais com o objetivo de fornecer ao órgão do Ministério Público elementos probatórios mínimos de autoria, materialidade e justa causa para o processamento dos violadores das leis penais.

Especificamente na esfera processual penal, observa-se que o CPP é de 1942. Com a entrada em vigor da CF e do ECA, várias regras processuais foram revogadas, tornadas inconstitucionais e/ou adaptadas para a nova sistemática estatutária e constitucional vigente.

Significa dizer que as regras e os princípios processuais penais deveriam adaptar-se aos novos fundamentos e, jamais, o contrário, como continua sendo praticado pelo Brasil, especificamente em relação aos novos direitos juvenis.

Frise-se, visto que importante: as crianças e adolescentes, vítimas de crimes, a despeito dos princípios constitucionais e estatutários vigentes, recebem idêntico tratamento processual (SARAIVA, 2006).

Enfim, na apuração dos ilícitos penais praticados contra crianças e adolescentes, ressalvadas as normas estatutárias, são utilizados todos os mecanismos da legislação processual comum.

Como um dos exemplos, é curioso que, no Brasil, ao invés de serem criadas delegacias de polícia especializadas

para apuração de crimes praticados contra crianças e adolescentes, na maioria das comarcas, somente foram criadas as delegacias de menores (embora revogado desde 1990, o termo menor é comum nas repartições policiais), voltadas para a apuração da prática de atos infracionais.

Invertida a ordem prioritária de criação, sobram delegacias especializadas de proteção da juventude, porém apenas para a apuração de atos infracionais, num claro eufemismo institucional nas esferas policiais.

Ora, se praticantes de atos infracionais, os adolescentes possuem uma delegacia especializada que atua de maneira bastante informal. No entanto, na qualidade de vítimas, subordinam-se ao mesmo tratamento dispensado às vítimas de furto, roubo, tráfico de drogas, sequestro etc.

Por outro lado, Imagine-se a dramaticidade diária das crianças-vítimas. Como milhares de delegacias de polícia possuem precárias condições de funcionamento em vários estados da federação, as vítimas permanecem em salas precárias de atendimento ao público, misturadas com os presos, inclusive traficantes, sequestradores, ladrões etc.

Não é muito diferente na esfera judicial em muitas comarcas de pequeno e médio porte da federação brasileira. Embora as varas cíveis e criminais apresentem melhores condições físicas do que as delegacias de polícia, o mesmo equívoco é recorrente. As varas da infância e da juventude, naturalmente especializadas, julgam apenas adolescentes que praticam atos infracionais, porém remetem para as varas criminais comuns o julgamento de crimes praticados contra crianças e adolescentes.

Depois de recebida a denúncia e designada a audiência de instrução e julgamento no processo penal, naturalmente nas varas criminais comuns, pois constitui exceção que as varas da infância e da juventude tenham competência concorrente para apuração e processamento das ações penais que envolvem adultos, crianças e adolescentes são intimados para comparecerem nos fóruns brasileiros e aguardam a oitiva perante o juiz de direito, no mesmo local onde estão as demais testemunhas e os indiciados soltos, inclusive seus familiares, amigos, compadres etc.

É quase certo que as vítimas esquecerão os fatos, pois são coagidas e, várias vezes, silenciosamente intimidadas na parte externa das salas de audiência. É imensurável o sofrimento de uma criança que chega ao Fórum e, ao ingressar no recinto das audiências senta-se ao lado dos pais, amigos e parentes dos denunciados, principalmente nos casos de crimes sexuais, onde naturalmente, o constrangimento é ainda mais dramático para falarem exatamente como tudo ocorreu.

Nessa linha e por conta do complexo sistema processual, uma violência institucional que ocorre à vista de todos ainda é o fato de que as três instâncias, administrativa, civil e penal, não se comunicam, ou seja, embora fato único, como por exemplo, nos casos de abuso sexual de um pai contra seu filho de cinco anos de idade, são produzidas provas nas respectivas instâncias, além da prévia fase policial.

Utilizam-se os serviços forenses de três juízes de direito (infância e juventude, família e criminal) e três promotores de justiça e, naturalmente, um advogado para as três situações, sendo que o último profissional possui o total conhecimento daquilo que foi dito pelas demais testemunhas e técnicos envolvidos nos demais procedimentos. Ora, os prejuízos são latentes e óbvios, pois enquanto as defesas são amplamente comunicativas e dinâmicas, as ações e medidas judiciais e ministeriais são estanques, separadas e meramente formais, salvo raras exceções.

Ora, no mínimo, perante os juízes de direito são prestados três depoimentos e/ou declarações pela criança-vítima, especialmente se os operadores do direito não permitirem a utilização da prova emprestada e forem radicais adeptos da identidade física do juiz da causa.

Não é muito difícil para qualquer advogado ou defensor público demonstrar a existência de contradições recorrentes nos três depoimentos e/ou declarações judiciais prestados pelas vítimas, sem contar, obviamente, com as inúmeras declarações das vítimas nas fases extrajudiciais, perante o policial militar, policial civil, conselheiro tutelar, psicólogo, pastor, médico, promotor de justiça, etc.

Algo ainda mais dramático e que não é discutido de forma técnica, é o fato de que advogados, promotores de justiça e juízes de direito não receberam aulas básicas relativas à inquirição de testemunhas e vítimas nos processos penais, sobretudo em relação aos crimes de abuso sexual, haja vista que as universidades se limitam a fornecer os rudimentos teóricos e práticos do processo e, muito menos conhecem a atuação da rede social de proteção infanto-juvenil (DOBKE, 2001).

As inquirições judiciais e as perguntas das partes, inadvertidamente, revitimizam e/ou provocam danos secundários nas crianças e adolescentes (FURNISS, 1993). Não é incomum a seguinte pergunta feita por várias defesas, diretamente à infeliz vítima de estupro, ainda que em tenra idade: “Você sabe que seu pai está preso por conta de seu depoimento?”.

No plano conclusivo, pode-se afirmar que, além da sofrida condição de vítima nos processos judiciais, por conta das fragilidades dos sistemas protetivos dos direitos infanto-juvenis, que longe estão de se tornarem efetivos, as crianças continuam sendo vítimas do inadequado tratamento nos conselhos tutelares, hospitais, escolas, delegacias, fóruns etc., numa autêntica perpetuação da violação de direitos fundamentais elementares.

Assim, dentro dessa teia legislativa processual complexa e das seguidas violações de direitos por parte do próprio Estado, nasce a proposta de implantação do depoimento sem dano, pioneiramente instalado em várias comarcas gaúchas, desde 1993, em trabalho brilhantemente capitaneado pelo juiz de direito José Antônio Daltoé Cezar, como forma de tentar diminuir a violência institucional praticada pelos próprios representantes do Estado brasileiro contra crianças e adolescentes, que são intimadas, notificadas e/ou convidadas para oitiva perante o(a) professor(a), diretor, médico, psicólogo, policiais, advogados, promotores de Justiça e, novamente, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos etc.

O depoimento sem dano

Doutrinariamente, é sabido que os processos judiciais em geral apresentam quatro fases distintas e sucessivas: postulatória, saneamento, instrutória e decisória.

Dentro das fases processuais, é sabido que, após o início da ação penal e das ações judiciais cíveis, depois da etapa do recebimento das respectivas manifestações das partes e saneamento o feito, caberá ao juiz de direito designar a audiência de instrução e julgamento, que corresponde ao momento em que as partes poderão produzir as demais provas orais aptas à demonstração do direito pleiteado, quando, afinal, será proferida a decisão judicial.

O depoimento e/ou declarações das vítimas constituem uma das etapas importantes na demonstração dos fatos articulados na petição inicial e na resposta dos réus, sendo que as regras processuais civis, penais e administrativas em vigor não trazem modelos diversos de inquirição de testemunhas e vítimas, sendo crianças, adolescentes e adultos ouvidos, seguindo-se regras procedimentais idênticas (CEZAR, 2007, p. 51, p. 65).

Na prática forense diária, a audiência judicial é o momento em que o juiz de direito colhe, pessoalmente, todas as informações e dados que entender pertinentes para formar sua convicção no sentido da absolvição ou condenação dos eventuais acusados no processo penal e/ou julgar procedente ou improcedente os pedidos transcritos nas petições iniciais. Constitui etapa corriqueira na tramitação dos procedimentos judiciais.

Identificada a principal controvérsia e os aspectos secundários aos fatos, as testemunhas e vítimas são convocadas para comparecerem nos fóruns judiciais, em dias, horários e locais, designados previamente.

Nesta etapa do procedimento processual em curso, normalmente no processo penal, precisamente durante a audiência de instrução e julgamento, é que ocorre o denominado *depoimento sem dano* (CEZAR, 2007).

Em síntese, Cezar (2007) explica o projeto da seguinte forma:

Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da Justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento (CEZAR, 2007, p. 51).

A doutrina diverge sobre a denominação, uma vez que são inerentes às atividades judiciais os danos psicológicos sofridos pelas crianças nas hipóteses de oitiva judicial ou extrajudicial, sendo, portanto, mais correto utilizar-se a expressão depoimento com redução de dano (DIGIÁCOMO, 2011).

Indiferentemente à nomenclatura adotada nas comarcas, que já implantaram a sistemática, observa-se o elevado valor da interessante nova forma de atuação judicial, pois, seja sala especial, depoimento com redução de dano, depoimento especial, é fundamental que seja considerada a atípica situação das crianças e adolescentes, seja na qualidade de vítimas ou testemunhas de crimes.

Situado o momento procedimental em que ocorrerá o depoimento e/ou declarações da vítima, torna-se prudente mostrar as vantagens e possíveis desvantagens do instituto processual, que pode, segundo nossa ótica do trabalho, também ser utilizado nas esferas administrativa e civil, como prova emprestada, desde que realizada na forma processual válida e sempre que restar demonstrada a necessidade.

A imprescindibilidade da produção do depoimento sem dano deve sempre ser considerada pelos magistrados, independentemente do pedido das partes processuais, pois, em várias situações, as provas produzidas no curso das ações civis, penais e administrativas já serão suficientes para o desfecho das ações judiciais em curso.

Aliás, não é incomum a existência de interceptações telefônicas determinadas judicialmente, confissões extrajudiciais na presença de advogados, bem como laudos psicossociais ou interdisciplinares que demonstram a certeza relativa à existência dos fatos, sendo, assim, dispensável o depoimento de crianças e adolescentes.

Por outro lado, no plano crítico, além do primeiro e comum argumento da escassez de recursos financeiros para organização das salas especiais, as desvantagens do novo método de colheita da prova podem ser resumidas na possibilidade de falseamento da verdade, seja por inépcia das partes e do juiz de direito ou pela má-fé ou desídia dos envolvidos e/ou inadvertida indução da própria equipe técnica. Como segundo argumento, o impedimento determinado pelo juiz em relação às perguntas diretas à criança e/ou ado-

lescente viola o art. 218 do CPP, incluído neste pela Lei nº 11.690/2008. Como terceiro argumento, a ausência de previsão legislativa contraria as regras constitucionais do devido processo legal. E, por último, a defesa ficará em evidente desvantagem, posto que as assistentes sociais e psicólogas, o membro do Ministério Público e os magistrados trabalham diuturnamente juntos, existente natural tendência a conchavos indevidos nos procedimentos processuais.

Em sentido oposto aos argumentos expostos sinteticamente, objetiva-se que a escassez de recursos financeiros não procede, na medida em que bastaria o estímulo da iniciativa privada, especialmente de grupos empresariais, e/ou a destinação de recursos públicos que poderiam ser efetivadas pelos fundos municipais, estaduais e federal dos direitos das crianças e adolescentes para que se preparasse uma sala especial em cada fórum judicial.

O funcionamento das salas especiais exige dos técnicos e dos profissionais designados uma prévia preparação e formação continuada, sobretudo pela forma diversa da atuação integrada, sempre com o acompanhamento real das defesas, fato que torna insubsistente o argumento do tratamento diferenciado entre as partes.

A ausência de previsão legislativa também não se sustenta, posto que, data de 1942, desde a entrada em vigor do CPP, a possibilidade do juiz de direito inquirir as vítimas, independentemente do pedido das partes, ex vi do art. 201 do CPP. Na realidade, a inclusão legislativa das salas especiais, seja no ECA, CPP ou CPC, tão somente reforçará usual prática que se pretende disseminar e, jamais merece crédito no sentido de anular julgamentos e eventuais condenações num extremado fetiche à lei, bem na vetusta linha kelseniana.

Por fim, os eventuais conchavos e/ou ajustes poderão ser combatidos com a alegação de suspeição e impedimento, na forma processual específica, inclusive em relação aos peritos, intérpretes, equipes técnicas etc.

Reforçando-se mais ainda, do outro lado, as principais vantagens com a implantação das salas especiais são as seguintes: as vítimas serão protegidas de intermináveis e repetitivos depoimentos perante diversas instituições públicas e privadas; serão reduzidas as sentenças absolutórias e a eventual impunidade, especialmente nos crimes contra a dignidade sexual, pois as vítimas sentir-se-ão encorajadas a falar a verdade; as vítimas serão tratadas com o devido respeito à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e poderão manifestar mais livremente sua vontade; e, por fim, a implantação do sistema reduzirá o tempo de tramitação dos inquéritos policiais e das ações civis e penais relativas à violação dos direitos infanto-juvenis.

O depoimento sem e/ou com redução de danos constitui um ato processual civil, penal ou administrativo com

comprovado êxito científico e potencializador da integral proteção de crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos, pedofilia etc., sempre que forem chamadas a prestarem esclarecimentos ou depoimentos perante os órgãos administrativos, juízes e tribunais nas respectivas instâncias.

Enfim, trata-se de uma possibilidade real de atenuar o sofrimento dos milhões de crianças e adolescentes que, depois de serem agredidos, violados em suas residências, muitas vezes por pais, padrastos, tios etc., ainda submetem-se a constrangedores procedimentos processuais que, inadvertidamente, terminam por reproduzir violações de direitos, algumas vezes, mais grave do que os ilícitos penais, conforme aponta a farta literatura psicológica sobre as síndromes da adição e do segredo (FURNISS, 1993).

A proposta de implantação da sala especial

Em diversos estudos publicados, e em muitos países, torna-se fácil observar que já existem várias formas materializadas de depoimento sem dano, sendo pedagógico e extremamente útil o livro *Depoimento sem medo(?)*, que retrata com fidelidade científica as diversas práticas não revitimizantes (SANTOS; GONÇALVES, 2008).

O formato das salas especiais no Brasil segue, basicamente, o modelo inglês, denominado de *Closed Circuit of Television (CCTV)*, sendo também muito utilizada a Câmara Gesell. No entanto, não existe um método ou sala padrão, sendo adaptadas à realidade jurídica, cultural e econômica de cada país, tendo sido tomadas como exemplo para o estudo a Inglaterra e a Argentina (SANTOS; GONÇALVES, 2008).

Alguns passos são necessários para a incorporação das salas especiais à realidade brasileira, sendo interessante a modificação legislativa estadual no sentido de atribuir a competência concorrente do julgamento dos ilícitos penais praticados contra crianças e adolescentes para as varas da infância e da juventude, uma vez que, além das preparadas equipes de profissionais lotadas na infância e juventude, é de todo recomendável que os temas sejam discutidos e implantados nas varas especializadas, dependendo, obviamente, da legislação estadual.

Depois da legislação estadual, o primeiro passo centra-se no imprescindível conhecimento da CF e do ECA, principalmente em relação à nova principiologia e a regras estatutárias, abolindo-se, em definitivo, as interpretações e práticas minoristas, pois salas mal aparelhadas e/ou funcionando irregularmente poderão surtir efeitos contrários ao objetivo maior: diminuir os efeitos da revitimização.

O segundo passo exige a contínua capacitação profissional e a formação continuada dos denominados operadores do direito, assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, enfim, de todos aqueles envolvidos direta ou indireta-

mente com a nova sistemática para atuação em rede.

Subdividindo os demais passos, tomando como base as regras e princípios constitucionais e estatutários e os estudos e discussões travadas, sem pretensão de definitividade, projetamos uma sala para colheita de depoimento sem danos e definimos seu funcionamento, seguindo, analogicamente, os parâmetros abaixo (CEZAR, 2007), devidamente adaptados à realidade local:

a) uma sala ampla nas proximidades do gabinete ou local específico onde são realizadas as audiências judiciais diárias da vara da infância e da juventude da respectiva comarca, equipada com cadeiras para um(a) técnico(a), uma criança ou adolescente e um representante legal da vítima;

b) equipamentos de som e vídeo para gravação de voz e de imagens obtidas durante as escutas realizadas, diretamente interligados com o(a) juiz(a) de direito, membro do Ministério Público e as demais partes que deverão estar presentes, obrigatoriamente, na sala de audiências judiciais, acompanhando-se os atos praticados na sala especial, inclusive antes do início do depoimento;

c) uma equipe técnica especialmente designada pelo juízo (normalmente um psicólogo, assistente social ou psicopedagogo), com a posterior publicidade aos demais interessados nos respectivos autos para fins de impugnação, se necessário;

d) se possível, prévia comunicação da oitiva da criança ou adolescente aos juízos das varas de família e criminais, sempre que existirem ações judiciais em curso, relativas aos mesmos fatos, sob o enfoque civil, penal e administrativo, para validar a prova emprestada;

e) estabelecimento de fluxo de atuações e procedimentos que deverão ser adotados pelos integrantes da coleta do depoimento e/ou das declarações das vítimas, sendo fundamental que os participantes dos atos tenham conhecimento para evitar atuações desastradas das partes e a revitimização.

Nas atividades diárias, depois de implantadas as respectivas salas, o estabelecimento de um organograma e fluxo de rede é muito importante para que o Ministério Público interponha a ação cautelar de produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP), nos termos da legislação processual em vigor, pois, além de permitir a rápida produção judicial da prova, reduzirá, sobremaneira, o longo e tortuoso caminho dos procedimentos ordinários, uma vez que produzida sob a vigilância e a participação ativa da defesa e do órgão da acusação, no transcurso do inquérito policial ou investigação similar.

A toda evidência, trata-se de um esquema provisório e roteiro básico de implantação das salas especiais, nas respectivas comarcas escolhidas pelo Tribunal de Justiça de cada estado da federação, atentos à realidade local, depois de ampla

discussão institucional pelos integrantes da rede de proteção integral. Na realidade, o adequado funcionamento das salas especiais passará pela etapa de convencimento dos órgãos de segurança pública e dos integrantes da rede de proteção, muito especialmente das direções dos órgãos públicos e privados que atuam na rede de proteção infanto-juvenil.

Os esclarecimentos das vantagens e do funcionamento das salas especiais merecerão a devida atenção das redes sociais e da imprensa nacional, que, certamente, após a necessária mobilização, serão agentes motivadores das ações políticas de implantação do novo sistema.

Como natural consequência, depois dos amplos debates, persistindo-se o sofrimento e a revitimização de crianças e adolescentes perante os sistemas policiais e judiciais, por violação do art. 98, I, do ECA, o Ministério Público será obrigado, forçosamente, a instaurar inquéritos civis em todos os estados da federação e, em seguida, caso não logre êxito na feitura dos termos de ajustamento de conduta, e, finalmente, propor as respectivas ações civis públicas, nos termos do arts. 461, do CPC, 84 do CDC e 213 do ECA.

Conclusão

Como visto, ultrapassados mais de vinte anos da entrada em vigor do ECA, vive-se uma nova era na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Porém, é utópica a ideia de que o funcionamento regular da rede de proteção integral resolverá todos os problemas da infância e da juventude brasileira, dada a secular existência dos diversificados e múltiplos obstáculos e a falta de políticas públicas globais e setoriais.

A prática de crimes e demais violações contra crianças em tenra idade já ocorria desde as primeiras civilizações e persistem nos dias atuais, embora as formas de proteção infanto-juvenil tenham atingido consideráveis patamares de eficiência.

Os ilícitos penais de natureza sexual que ocorrem no recesso dos lares, especialmente praticados pelos pais, padrastos, tios e demais parentes, traduzem realidade diária inexorável, porém, começa-se a perceber no sistema de segurança pública a necessidade de qualificar a investigação policial e o processo judicial para evitar a impunidade ou a condenação de inocentes.

As salas para colheita de depoimentos e/ou declarações perante os juízes, de crianças e adolescentes, normalmente vítimas de ilícitos civis, penais e administrativos, apesar de não solucionarem todos os problemas, reduzirão sensivelmente o sofrimento infanto-juvenil.

No ponto, o requisito essencial para a implantação das salas especiais passa pela percepção do sofrimento das vítimas, que muitas vezes, inadvertidamente, são revitimizadas pelo próprio Estado, que, paradoxalmente, é um dos encarregados da proteção integral.

Não é um plano perfeito e, com a prática, certamente, os mecanismos de implantação e funcionamento serão aperfeiçoados, sempre se levando em consideração, como prioridade absoluta, a garantia constitucional da proteção integral e a primazia absoluta dos direitos das crianças e adolescentes.

Uma ação do Ministério Público e dos demais integrantes do sistema de segurança pública e da rede de proteção integral configura-se bastante útil: é a utilização da ação cautelar de produção antecipada de provas (art. 156, I do CPP), sendo que, na fase policial, recolhidos os elementos indiciários, para evitar a repetição dos intermináveis depoimentos das vítimas, será possível que a criança seja levada à sala de depoimento especial da comarca, apenas uma vez, para esclarecer os fatos perante o Poder Judiciário.

Torna-se evidente, porém, que as ações coordenadas das duas redes exige que seus integrantes saibam todos os passos e procedimentos a serem percorridos e, acima de tudo, cada profissional conheça os limites e espaços funcionais de suas respectivas atribuições nas redes de segurança e proteção integral.

Atualmente o Brasil conta com mais de quarenta salas especiais instaladas e em funcionamento, sendo o Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça pioneiros na aceitação e implantação da nova metodologia. Ora, como temos mais de quatro mil comarcas, observa-se que o caminho é longo e difícil, porém, a caminhada já começou!

Com a palavra, o Estado de Minas Gerais e os demais estados da Federação brasileira. ■

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da Summa Divisio direito público e direito privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma

alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Depoimento especial ou perícia por equipe técnica interdisciplinar**: na busca da melhor alternativa para o atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência. Disponível em: <<http://www.mppr.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.

DOBKE, Velda. **Abuso sexual**: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

EKMAM, Paul. **A linguagem das emoções**: revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo todas as expressões das pessoas ao redor. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes (Org.). **A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**: reflexões teóricas, relatos de pesquisa e intervenções psicossociais. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994, v. 4.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO FILHO, Lauro. **Abuso sexual contra crianças e adolescentes**. 3. ed. Petrópolis: RJ:Autores & Agentes & Associados, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

POTTER, Luciane (Org.). **Depoimento sem dano**: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Petróbras; BR; USU Ed. Universitária; Ministério da Cultura; Amais, 1997.

SALTER, Anna C. **Predadores, pedófilos, esturpadores e outros agressores sexuais**: quem são, como agem e como podemos proteger a nós mesmos e a nossos filhos. Trad. Antônio Francelino da Silva. São Paulo: M. Books Brasil, 2009.

SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual em crianças**: fortalecendo pais e professores para proteger crianças de abusos sexuais. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books Brasil, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Depoimento sem medo(?)**: culturas e práticas não-revitimizantes. Uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil), 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

STEIN, Lílian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Trad. Sérgio La-marão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Urbanismo: pequena abordagem do crime de pichação

Cristovam Ramos

Promotor de Justiça de Minas Gerais

A pichação é uma circunstância que incomoda ao meio ambiente urbanístico e causa polêmica por afetar a vida de milhares de cidadãos das cidades brasileiras, principalmente nas metrópoles.

Antes do advento da Lei nº 9.605/98, a qual tipificou os crimes ambientais, a pichação era considerada crime de dano, art. 163 do Código Penal, daí a ação penal ser privada, a não ser que incidisse nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do parágrafo único desse dispositivo legal.

Com a edição da lei, esta conduta foi inserida em seu artigo 65 (pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano), isto por causar dano ao meio ambiente urbanístico, e a pena foi aumentada de três meses a um ano de detenção e multa, permanecendo o conceito de menor potencial ofensivo.

É importante frisar que, inicialmente, a lei protegia apenas as edificações ou os monumentos urbanos, não abrangendo os situados em zona considerada rural. Além disso, de maneira incompreensível, diminuiu a pena quando a pichação é feita em edificações públicas, igualando-a à feita em bem particular. Somente quando o bem pichado for monumento ou coisa tombada, isso em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena será aumentada.

Por outro lado, dois aspectos merecem análise mais acurada no tipo penal criado por essa lei, mais precisamente as condutas “pichar” e “grafitar”, tanto uma quanto a outra são consideradas crime, em que pesem opiniões divergentes a respeito da segunda hipótese.

Pichar, por se tratar de rabiscos, frases, letras e sinais, é considerado uma conduta mais agressiva para a população urbana, enquanto grafitar, que se define como desenhos artísticos, embora, em tese, constitua crime, não causa, às vezes, tanto incômodo.

Porém, existem entendimentos de que nenhuma dessas condutas se trataria de crime, mas de arte, na qual o pichador exerceria o seu direito à liberdade de expressão. A respeito dessa questão, um ex-pichador ponderou que o “[...] fato de o pichador colocar a vida dele no limite só pra deixar a marca dele, só isso é um conceito de arte”.

Em minha atuação no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, embora não sendo expert, posso perceber que

vigora nos pichadores a sensação de poder. Basicamente, três coisas os motivam: reconhecimento social, a busca de lazer e adrenalina e o protesto. Nesse último aspecto, a pichação deve ser vista como uma subversão, um ato de desobediência civil.

Contudo, creio que os reflexos negativos da pichação são percebidos tanto pelo ponto de vista ambiental quanto pelo ponto de vista patrimonial, este imposto ao particular ou ao ente público.

Com bastante propriedade, Liliane Ferrari, produtora cultural, especialista em arte de rua, assevera não ter a ver a arte de verdade com invasão e patrimônio alheio. “Isso é vandalismo, isso não é manifestação artística. A agressividade é o ponto negativo nessa manifestação”.

Nesse diapasão, o que choca na pichação não é somente o desrespeito ao patrimônio alheio ou a poluição visual causada, longe de expressarem liberdade de expressão, as pichações atuais mais se assemelham a atos de vandalismo gratuito contra o ordenamento urbano das cidades.

Como se falar em liberdade de expressão quando, na maioria das vezes, a pichação não é decifrada pela população? Ademais, existem outras formas permitidas de se exprimir, nas quais poderiam os pichadores expor seus pensamentos sem ofensa aos direitos de terceiros ou da própria coletividade. Sendo assim, tenho que, em regra, a pichação deve ser vista como ato de vandalismo.

E o grafite? Deve ser visto, igualmente? Como ato de vandalismo?

A esse respeito, tenho que essa conduta deva ser apreciada com maior cuidado pelos operadores do direito. Não vejo como não considerar um ato de vandalismo se o pichador faz um grafite em monumento histórico. Outro aspecto seria se o grafite fosse em um muro particular isolado, o que poderia até revitalizar o meio ambiente urbanístico nas imediações, não causando nenhum dano estético.

Nesse último exemplo, havendo permissão, ou consentimento posterior do proprietário do imóvel, pondero ser a melhor solução considerar o fato atípico. E são diversos os testemunhos de que esta conduta é usada pelo particular para evitar que pichem seu muro, o que traz grande resultado, pois o pichador, geralmente, respeita o grafite.

Noutro giro, poder-se-iam diferenciar as condutas: uma como crime contra o meio ambiente urbanístico e a outra

como dano patrimonial, cabendo, neste último caso, ao particular o direito de ação. Aqui bastaria ao Promotor de Justiça entender que não houve poluição visual com o grafite.

Finalizando o estudo, tenho que nosso grande desafio é a reparação dos danos causados ao meio ambiente urbanístico e o combate à prática da pichação.

O combate, a meu ver, deve cingir-se às campanhas de conscientização e educação nas escolas, direcionadas preferencialmente para crianças e adolescentes, porquanto são estes, na maioria, os possíveis infratores. Frequência a cursos com temas para educação e conscientização seria, igualmente, de grande importância para os pichadores, quando da transação penal.

Em relação ao crime, seria interessante, como já é feito em Porto Alegre, celebrar convênios com entidades de taxistas, cabendo a estes, quando flagrarem pichadores, acionarem a polícia, ajudando-a na prisão e na identificação dos infratores. Incentivar a população a denunciar, via telefone específico, igualmente, traria muitos resultados.

Quanto à reparação, na prática, constato muito pouco resultado no sentido de o pichador reparar o dano. São poucos os flagrantes obtidos pela polícia e, nas hipóteses de transação penal, tratando-se de bem particular, é bastante complexa a ação de reparação, pois, geralmente, a vítima não é intimada para as audiências e esta, quando acionada, tem muito temor do pichador. Além do mais, se comparece, ela cria barreiras e desestimula o pichador na tarefa de reparar. Já o bem público, por sua peculiaridade, em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, torna a mão de obra do pichador inviável.

A solução que certamente traria maiores resultados em relação ao bem particular seria a intimação obrigatória da vítima, cabendo a esta, se não houver temor, fazer a transação penal sob supervisão do Ministério Público.

Outro caminho é o Poder Público gerenciar a limpeza de determinados locais, com mão de obra voluntária e financiamento privado, a exemplo do “Movimento Respeito por BH”, o qual está ainda incipiente em nossa capital. Poder-se-iam, juntamente com a mão de obra voluntária, incluir os pichadores favorecidos com a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Igualmente, embora cause polêmica, pois poderia estar incentivando a pichação, é a implantação de projetos nos quais os pichadores fariam inscrição para grafitarem espaços públicos e privados, o que poderia revitalizá-los e evitar a pichação. Mais polêmico seria beneficiar o particular através de incentivos tributários, desde que limpasse ele a pichação feita em seu imóvel. Ou, então, o particular, no caso de Belo Horizonte, deveria se inscrever na Prefeitura Municipal, inserindo o seu imóvel em uma relação a ser beneficiada pela limpeza providenciada pelo “Movimento Respeito por BH”.

É importante frisar, quanto a esta última observação, que o particular não se sente estimulado a limpar seu imóvel, pois tem receio que ele seja pichado novamente, o que lhe acarretaria mais despesas. Se não adotarmos o incentivo, o único caminho a ser seguido será notificá-lo para que proceda à limpeza, sob pena de se imputar a ele o crime, na medida em que deixa seu imóvel sujo.

Concluindo, espero que esta pequena abordagem crie um grupo de discussão dentro do Ministério Público, isto para que possamos alcançar algum resultado mais efetivo nesse campo, pois é de vital importância o combate à pichação, praga que habita em nossas cidades, podendo trazer graves males à saúde, visto agredir a sensibilidade humana, gerando em nossas mentes distúrbios de cunho psicológico. ■

Jurisprudências

TJMG - 6ª Câmara Criminal

É incompatível a aplicação do princípio da insignificância em crimes violentos, independentemente do valor material do bem ofendido

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO CABIMENTO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO - IMPOSSIBILIDADE - SUBTRAÇÃO DA "RES" MEDIANTE EMPREGO DE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA CONTRA A VÍTIMA - CONDUTA QUE SE ENQUADRA NO DISPOSTO DO ART. 157 DO CPB - REDUÇÃO DA PENA - NÃO CABIMENTO - REGIME PRISIONAL - ALTERAÇÃO (ART. 33, §2º, 'C' E §3º, DO CPB). - Para a aplicação do princípio da insignificância, é preciso considerar não apenas o valor econômico da coisa subtraída, mas o contexto em que se deu a subtração e a situação econômico-financeira da vítima; - O crime de furto se diferencia do roubo porque, no segundo delito, o réu dirige a violência à pessoa, vítima do crime, sendo a "vis corporalis" meio de execução para a subtração patrimonial, enquanto que, no furto, o ato violento se direciona ao próprio objeto material a ser subtraído, atingindo apenas eventualmente e de forma indireta a vítima. No crime de roubo, a violência contra a pessoa, enquanto elemento objetivo do tipo, deve ser

abrangida pelo dolo do agente, condenando-se o agente por este delito apenas se ficar comprovada a intenção de usar de violência ou ameaça para machucar a vítima e, a partir daí, obter a subtração patrimonial; - Tendo sido fixadas as penas em patamar pouco acima do mínimo legal, em observância às circunstâncias judiciais e às regras de dosimetria dos artigos 59 e 68, do CPB, incabível é a sua redução. - Nos termos do artigo 33, §2º, 'c', c/c §3º, do CPB, se as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao réu e se a pena imposta é inferior a 4 anos, cabível é a fixação do regime aberto para o seu cumprimento.

SÚMULA: RECURSO PROVIDO EM PARTE, COM RESALVA DO REVISOR.

(TJMG, 6ª Câmara Criminal, Processo nº 1.0702.08.447218-3/001(1)/ Numeração Única: 4472183-46.2008.8.13.0702, Relator: Des. CATA PRETA, Data do Julgamento: 17/05/2011, Data da Publicação: 30/06/2011)

STJ - 5ª Turma

A razoabilidade na aplicação de medida assecuratória

HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. SEQUESTRO DE BENS IMÓVEIS E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. MEDIDA DECRETADA HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. RAZOABILIDADE. EXCESSO DE PRAZO VERIFICADO. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Conforme entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, o trancamento de inquérito policial pela via estreita do habeas corpus é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas não evidenciadas na hipótese. Precedentes. 2. Nos termos do art. 4.º da Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, poderá decretar, no curso de inquérito policial, o sequestro de bens, direitos ou valores do investigado. Conforme o § 1.º do mesmo artigo, essas medidas assecuratórias serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias.

3. Segundo já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, o atraso no encerramento das diligências deve ser analisado conforme as peculiaridades de cada procedimento. 4. No caso, não tendo sido proposta, até o presente momento, a ação penal em desfavor do Paciente, mostram-se impreteríveis o levantamento do sequestro e o desbloqueio das contas bancárias, porquanto ultrapassados os limites da razoabilidade. Precedentes. 5. Ordem parcialmente concedida, a fim de determinar o levantamento do sequestro recaído sobre os bens imóveis que estejam em nome das empresas SEGURANÇA INDUSTRIAL - COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS e ORION MILÊNIO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S/A e das pessoas de ELIZABETH TRANCO SO PEREIRA e FRANCO CECCHINE BRUNI NETO, bem como o desbloqueio dos ativos financeiros que estejam em seus nomes, ressalvada a possibilidade de nova decretação das medidas assecuratórias, desde que fundada em novas evidências da prática do crime.

STJ - 5ª Turma. HC 144.407-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/6/2011. Publicado em 28/06/11.

TRF 1ª Região - Terceira Turma
**Moeda falsa: crime contra a fé pública descaracteriza
mínima ofensividade da conduta do agente**

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. INTRODUÇÃO NA CIRCULAÇÃO E GUARDA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. COMPORTAMENTO TÍPICO DOS AGENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Materialidade e autoria do crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal comprovadas pela prisão em flagrante, laudo de exame em papel moeda e depoimento das testemunhas. 2. O modus operandi adotado pelos réus é típico dos agentes que se envolvem no delito de moeda falsa, qual seja, realização de pequenas compras com pagamento em cédulas falsas de aparente maior valor, obtendo troco em moedas verdadeiras. Precedentes. 3. Impossibilidade do reconhecimento da criminalidade de bagatela

e aplicação do princípio da insignificância, haja vista que a lesão ao bem jurídico tutelado no delito de moeda falsa não é aferível somente pelo valor e quantidade de cédulas colocadas em circulação, pois se trata de delito contra a fé pública, o que descaracteriza a mínima ofensividade da conduta do agente. Precedentes. 4. Apelação desprovida.

Súmula: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação.

TRF 1ª REGIÃO - TERCEIRA TURMA - ACR 2002.38.00.047757-1/MG; APELAÇÃO CRIMINAL - RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO - JULGADO EM 23/05/2011 - Publicação: e-DJF1 p.114 de 10/06/2011

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

ALVIM, J. E. Carreira.

Operação Hurricane: um juiz no olho do furacão. *São Paulo: Geração Editorial, 2011.*



Mineiro de Teixeira, o desembargador J. E. Carreira Alvim não é somente um magistrado. Ele doutorou-se em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e, antes de ingressar na magistratura federal, no Rio de Janeiro, atuou no então Tribunal Federal de Recursos em Brasília, como procurador da República, no primeiro concurso público havido no País. Desde o início da sua vida forense, atuou como advogado, dedicando-se também ao magistério,

lecionando Direito Processual Civil. Além disso, é autor de dezenas de obras jurídicas de grande aceitação pelos operadores do direito, como Teoria Geral do Processo, já na 14ª edição, e uma coleção em dezesseis volumes dos “Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro.”

Sinopse

Certa manhã, depois de um sono intranquilo o desembargador federal José Eduardo Carreira Alvim, renomado jurista, vice-presidente do tribunal regional federal da 2ª região, acordou convertido em perigoso marginal e por isto enfiado, como preso comum, sob a mira de metralhadoras, numa cela da polícia federal, com tudo filmado pela maior rede de TV do País.

Neste livro impressionante, que desnuda implacavelmente os bastidores da justiça brasileira, Carreira Alvim conta seu calvário, busca as razões de ter sido preso por crimes que não praticou, indaga por que seus direitos de magistrado não foram respeitados e denuncia ter sido vítima de uma conspiração odiosa, tramada por altas autoridades da justiça e da polícia. Carreira Alvim está afastado da magistratura e aguarda há quatro anos que o Supremo Tribunal Federal julgue seu caso. É o que ele mais deseja, mas seu processo, estranhamente, está parado no Tribunal.

Artigo:

WOHLERS, Wolfgang.

Teoria do bem jurídico e estrutura do delito.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais,
São Paulo, ano 19, v. 90, p. 97-107, mai./jun. 2011.*

O autor defende a ideia segundo a qual a pergunta genérica pelo bem jurídico tutelado pela norma não conduz à resolução do problema da legitimidade de tipos penais que antecipam a intervenção penal para momentos anteriores à lesão e, propõe, ao fim, uma análise diferenciada a ser realizada noutro plano, a saber: no plano da estrutura do delito.

Segundo Wohlers, “o bem jurídico protegido pela norma continua a ser o ponto de partida para a determinação da legitimidade de tipos penais. A teoria do bem jurídico sozinha pode apenas, no entanto, filtrar os objetos de proteção

ilegítimos a partir dos fundamentos no interior de determinada estrutura normativo-social. A partir do momento em que se determine que um bem jurídico seja em princípio digno de proteção, a legitimidade da norma depende decisivamente da estrutura de delito, que resulta da relação das modalidades de comportamento compreendidas com o algo considerado como bem jurídico. Ao final, deve-se medir a legitimidade das normas concretas individualmente consideradas de acordo com os critérios específicos formulados para o respectivo tipo de delito”.

ASSUNTOS VARIADOS

O Ministério Público no controle das atividades militares no Brasil

Normélia Miranda

*Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Graduada em Gestão Pública pelo Centro Universitário Uni-BH
Pós-graduanda em História e Culturas Políticas pela Universidade Federal de Minas Gerais*

Geraldo Maurício Faria Rocha

*Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Graduado em Gestão Pública pelo Centro Universitário Uni-BH
e Pós-graduado em Direito Público pela Anamages*

O Ministério Público Federal (MPF), como Instituição essencial ao funcionamento do sistema federativo, vem trabalhando na manutenção da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, com intervenções diferenciadas a cada tempo de sua história no Brasil e no mundo.

Em determinados momentos da história, em que mudanças provocadas nos ambientes sociais, econômicos e políticos das nações tornam-se exigências para a reorganização dos negócios do Estado, uma determinada área do Poder atua de forma mais intensa, buscando a solução para o conflito de um modo que pareça ser o mais conveniente para a situação de crise em destaque.

No Brasil, em vários momentos históricos de conflitos e mudanças na ordem política do Estado, as Forças Armadas participaram mais intensamente nas atividades e decisões destinadas ao Governo, uma vez que este é o Executivo das atividades estatais. Em cada uma das diferentes condições propostas pelas crises ou situações políticas e sociais – que exigiram a aproximação do poder militar ao exercício do Poder Executivo –, as intervenções militares foram inseridas no contexto das relações de poder de diferenciada maneira.

No caso da República brasileira, coube à mais elevada patente do Exército a cadeira de Primeiro Chefe de Estado em condições de Estado de Direito e no decorrer da história

política nacional, além da intervenção das Forças Armadas na escolha dos presidentes da República. Verificou-se o momento de maior afirmação do poder do Exército no período de interrupção completa do exercício da democracia, instaurado pelo Golpe Militar de 1964 e pela permanência do regime ditatorial, que só foi posto a termo com a subida de um presidente eleito ao Poder, ainda que indiretamente.

A proposta de Estado moderno foi acrescida, ao longo dos anos, de direitos cada vez mais determinadores de ordens juridicamente voltadas ao interesse da sociedade. Para a legitimação dessa proposta, tornou-se essencial a criação de mecanismos tendentes à paz social capazes de controlar e fiscalizar as atividades exercidas pelos representantes do povo.

Quanto ao processo em direção ao afastamento do monopólio do poder do governo e ao estreitamento das relações entre decisões políticas e sociedade, com a instituição de uma ferramenta de controle em que a balança deve tender a resultados mais democráticos, questiona-se: naqueles momentos de intromissão das Forças Armadas no Poder que deveria ser submetido à vontade do povo, qual teria sido o peso da atividade ministerial sobre tais desmandos militares?

A aproximação ou o afastamento do Ministério Público e o exercício da atividade de controle em relação às Forças Armadas, em cada um dos momentos de crise em que a participação militar passou a ser determinante para as mudanças políticas, econômicas e sociais da nação, devem ser entendidos para que se tenha ciência do aumento do controle sobre as autoridades após o último advento constitucional brasileiro.

A introdução de mecanismos de controle no modelo federativo

A formulação do federalismo foi proposta sobre a base de que se faz necessária a definição de três Poderes indepen-

dentos, em suas áreas de atuação, porém ligados pela proposta de Estado em todas as suas exigências de garantir a ordem e o bem-estar da sociedade abrigada em seu território.

De outra forma, as mudanças provocadas nas sociedades mundiais, trazidas pelas ideias iluministas,¹ conduziram a novas espécies de aliança que contribuíram para que – a partir da federalização dos Estados Unidos da América – o federalismo se levantasse como forma de fortalecimento para garantir a independência em relação ao poder colonizador europeu que dominava, em plano global, naquele período.

O processo de federalização americano concretizou-se no século XVIII, como descreve Dallari:

O primeiro Estado federal surgiu no século XVIII, mais especificamente no ano de 1787, na América do Norte, com a união das colônias inglesas que haviam-se [sic] declarado independentes politicamente da Inglaterra (1776) e que vieram a constituir os Estados Unidos da América. (DALLARI, 1995, p. 215-221).

O grande passo para assumir esse novo modelo de organização de Estado foi dado pelos norte-americanos; entretanto, o processo de federalização foi difundido na forma definida por Montesquieu,² com a exigência da criação de Poderes, cada qual com uma função própria e independente dentro do modelo a ser estabelecido.

A Teoria da Separação dos Poderes (ou da Tripartição dos Poderes do Estado) é a teoria de ciência política desenvolvida por Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis* (1748), que visou moderar o Poder do Estado dividindo-o em funções, e dando competências a órgãos diferentes do Estado. As ideias de Montesquieu partiram principalmente das teses lançadas por John Locke, ainda que implicitamente, cerca de cem anos antes. A ideia da existência de três poderes [sic], outrossim, não era novidade, remontando a Aristóteles, na obra *Política*. (WIKIPEDIA, 2011)

O que poderia ser entendido é que, com a criação de poderes de decisões distintos, cada qual com sua função no comando da nação, as atividades governamentais seriam limitadas às competências atribuídas a cada um deles por uma constituição. Assim, garantir-se-ia que o poder total não ficasse restrito ao governo central.

Contudo, tal independência, quando se trata de poder, exige a criação de um sistema de controle, freios e contrapesos, também independente, com autonomia e legitimidade

1 As ideias iluministas representaram, a partir do séc. XVIII, um movimento intelectual, filosófico, político, científico e religioso, para retomada dos conceitos de desenvolvimento do ser humano e da civilização iniciados no mundo antigo.

2 Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689 a 1755), filósofo, político e escritor francês que desenvolveu a Teoria da Separação dos Poderes a partir das ideias de John Locke.

para limitar os Poderes e exigir o cumprimento de suas funções típicas em razão da ampliação da ordem social necessária para o funcionamento do Estado de Direito.

Não é tarefa difícil imaginar a necessidade da criação de um instrumento controlador para a reformulação de um Estado que se fazia moderno, sob a perspectiva de mudanças culturais e ambientais da época, baseado no monopólio sobre a produção jurídica que compõe seu ordenamento em circunstâncias de um poder tripartido. Nesse caso, a quem caberia a responsabilidade de guardião do cumprimento das normas e de limitador das atividades reservadas aos Poderes criados para o Estado?

Assim, por se tratar de um Estado que organiza seus Poderes baseando-se no Direito, não se pode distanciar da ideia de que o poder deve ser “[...] limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos”. (FERRAJOLI, 2002, p. 687).

O controle, estabelecido como essencial ao prosseguimento do modelo federativo, desenvolvido pelos ilustres pensadores de sua criação, é o aparato de fiscalizar e limitar a independência dos Poderes tripartidos, porém com funções precípua diferenciadas para cada Órgão.

A palavra ‘controle’ tem origem no latim *roulum* e no francês *rôle*. Etimologicamente, tornou-se vocábulo originário do francês *contrôle*. Esta forma, por sua vez, provinha, através de um fenômeno designado haplogogia, do vocábulo *contrerôle*, cujo étimo era o latim medieval *contrarotulus* (contra+lista). Os mercadores venezianos, na Idade Média, criaram o método da contabilidade por partida dobrada, usado ainda na atualidade, que necessitava de dois rolos de papel para ser executado: um deles, o devedor que, em latim vulgar da época, tinha a designação de *rotulus*, e o credor, a que chamavam *contrarotulus*, que era o rolo de verificação. Este último que passou ao francês como *contrerôle*, mais tarde tomou a forma de *contrôle*.

Em relação ao Estado de Direito, pensado para abrigar o federalismo, o controle faz parte da consolidação do exercício da justiça que se revela no entendimento do direito posto como lei que organiza as intenções do governo em relação ao povo por ele representado. Nesse contexto, Meirelles (2001) define o controle como

[...] a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro. Verifica-se ser o controle exercitável em todos e por todos os Poderes de Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Não obstante a exigência do controle realizado pelos Poderes entre si e, ainda, internamente em cada um dos Órgãos, como já esclarecido anteriormente, o maior controle deve

ser exercido por uma força externa àqueles três, e igualmente independente, responsável por atividades fiscalizadoras em conformidade com as pretensões sociais.

No Brasil, assim como se fez em muitas outras nações do mundo, ao principiar a organização do federalismo, instituiu-se o Ministério Público como entidade fiscalizadora, responsável pela garantia da harmonia entre os Poderes independentes e, por consequência, da ordem jurídica e dos procedimentos por esta estabelecidos, agindo em defesa dos interesses da sociedade.

A instituição do Ministério Público Militar no Brasil e a forma de atuação em tempos de intervenção militar na administração do Estado

O Brasil Colônia seguia uma orientação do direito lusitano, como não poderia deixar de ser, não havendo informação de menção a uma estrutura conhecida como Ministério Público. Contudo, as Ordenações Manuelinas, de 1521,³ e as Ordenações Filipinas, de 1603,⁴ atribuíram a fiscalização da lei e a promoção da acusação criminal a promotores de Justiça, havendo ainda procuradores do rei que representavam os interesses da Coroa portuguesa naquela época, como forma de poder descentralizado.

No início do período imperial, o Ministério Público foi criado, servindo mais como demonstração de adaptação ao modelo federal do que propriamente para introduzir o controle por ele exigido, pois o Poder Moderador exercido pelo imperador repelia qualquer forma real de controle.

Pouco tempo após a proclamação da República brasileira, o Ministério Público ganhou espaço na Constituição e foi organizado pelos arts. 21 a 26 do Decreto-Lei nº 848, de 11 de outubro de 1890.

Foi com o Código Civil de 1917 que o Ministério Público iniciou seu crescimento e passou a ser entendido como Instituição essencial ao cumprimento da lei. A partir de então, passou a evoluir e adquirir novas atribuições e formações, até a formatação atual nas formas dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

O Capítulo IV da CR/88 trata das funções essenciais à Justiça e apresenta, em sua primeira seção, o Ministério Público como defensor dos principais interesses do federalismo brasileiro, juntamente com os Tribunais de Justiça, com as Defensorias

Públicas e a Advocacia Geral da União. Sendo assim, afigura-se como aparelho essencial ao Sistema de Freios e Contrapesos da tripartição dos Poderes no Brasil, desta forma transcrita: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”.

Este novo momento de verdadeira transformação na sociedade brasileira traz um Ministério Público fortalecedor dos ideais federalistas, como expõe Tatagiba⁵:

O Ministério Público, que teve como momento marcante de fortalecimento a legitimação para propositura da ação civil pública em defesa de direitos difusos e coletivos, consagrou-se com o advento da Constituição Federal de 1988, o qual reconheceu a sua independência em dois momentos distintos: ao tratá-lo em capítulo à parte e ao prescrever que é sua função institucional ‘zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [...] (art. 129, II), esclarecendo que o Ministério Público não é órgão de nenhum dos três Poderes públicos [sic], mas sim órgão do Estado e da Sociedade’. (*apud* CARMO, 2008, p. 47).

Em relação à organização do Ministério Público, assim como no federalismo, em que as várias alterações no ambiente social, econômico e político brasileiro obrigaram as Instituições governamentais à descentralização desenvolvida para adaptação ao crescimento populacional e desenvolvimento das atividades econômicas, também a atividade ministerial careceu de uma descentralização.

Desse modo, foi no decorrer do ano de 1920 que se instituiu no Brasil a forma descentralizada do Ministério Público com competência para fiscalização das atividades militares.

O Ministério Público Militar (MPM) foi criado em 1920 com o advento do Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Em 1951, foi contemplado com Estatuto próprio, compondo o Ministério Público da União, ao lado dos demais ramos federais, sendo atualmente regido pela Lei Complementar nº 75/93. A carreira do MPM é constituída pelos cargos de Promotor da Justiça Militar, Procurador da Justiça Militar e Subprocurador-Geral da Justiça Militar, cujos ofícios são as Procuradorias da Justiça Militar, nos Estados e no Distrito Federal, e a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Brasília (DF), respectivamente. Também integram a estrutura orgânica da Instituição o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, composto por todos os Membros do MPM, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Câmara de Coordenação e Revisão e a Corregedoria.

Percebe-se que, pela data de criação do MPM, na queda do Império brasileiro, a qual abriu espaço à introdução da República Federativa do Brasil, não há como reclamar a parcela participa-

3 Codificação da organização judiciária adotada por D. Manuel, em 1521, para atualizar as Ordenações Afonsinas.

4 Novas ordenações em substituição às Ordenações Manuelinas, que representavam a expressão coordenada do Direito vigente. Trata-se de Lei sancionada por Filipe I, em 1595, mas que só foi definitivamente colocada em prática após a sua impressão em 1603. Constituíram a base do Direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX.

5 Promotor de Justiça Glauber Sérgio Tatagiba do Carmo.

tiva do MPM no processo, uma vez que ele ainda não existia.

Entretanto, a história, pouco mais recente, de crises governamentais brasileiras continua sendo discutida em relação aos efeitos negativos que serão analisados pelos cientistas políticos ainda por um longo tempo. Traz à baila a completa ausência de fiscalização, atitude própria dos regimes ditatoriais. O Golpe Militar de 1964 representou a apropriação do Poder Central por idealistas militares que anexaram ao Administrador Chefe todas as formas de controle, incluindo-se as do MPM.

Por questões culturais da própria Instituição militar, da mesma forma que, em muitos momentos da história da civilização, o reconhecimento do poder atribuído ao chefe regimental as glórias das conquistas por batalhas e, conseqüentemente a faculdade de poder tomar, pela força demonstrada, as rédeas da administração do Governo. Em momentos mais atuais, os golpes de Estado de iniciativa militar preservam essa mesma consciência. Tal questão se faz antiga em relação ao direito da legitimidade do poder da guarda do ordenamento jurídico e do controle da administração.

Contudo, o temor de se estabelecer, novamente, no Brasil, um movimento de descontentamento passível de intervenção das Forças Armadas diretamente na Administração do Estado parece ser pensamento do passado, conforme entendimento e esclarecimento proposto por Freitas⁶ da seguinte maneira:

[...] parece-nos, de toda sorte, que as FFAA obtiveram avanços tanto no que diz respeito à profissionalização quanto no que concerne à mentalidade. Há indicações no sentido de que quanto mais a instituição militar se profissionaliza, se desenvolvendo sob o aspecto técnico, específico de sua atividade, torna-se menos propensa no sentido de interferir de maneira indébita no espaço da política, com tendência a aceitar os valores civis que, afinal, são os da maioria da sociedade. Há, portanto, relação entre a profissionalização e a criação de uma mentalidade militar fundada na idéia da subordinação das FFAA ao poder civil alicerçado na Lei Maior. Apesar da inexistência de dados empíricos nesse sentido, consegue-se, pela observação, notar avanços no interior da instituição militar na direção do surgimento de uma 'cultura militar' adequada ao Estado democrático de direito. (FREITAS, 2005, p. 156).

O MPM é parte integrante do Ministério Público da União (MPU), tendo as atribuições voltadas ao controle jurisdicional das atividades militares em todas as esferas (Exército, Marinha, Aeronáutica e Polícias Militares). Assim sendo, não cabe à Instituição disciplinar as atividades dessas entidades. Na verdade, só atua quando verificada indignidade

ou incompatibilidade nas execuções dos atos declarados de agentes militares.

Olhando por esse ângulo, é possível visualizar que, em casos de intervenção militar na atividade governamental, se os dirigentes das forças militares estiverem dispostos a investir contra as determinações constitucionais de definição dos Poderes, contra os próprios Poderes definidos pelo conceito federativo e contra os ideais democráticos, também não se acharão dispostos a atender ao chamado do MPM.

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil, democrática de direito, que se propõe ser, ampliou em seu texto os mecanismos de controle e fiscalização do Estado, inclusive, recaindo estes sobre os atos dos membros dos Poderes constituídos pelo federalismo aos chefes do Poder Executivo. Da mesma forma, essa cultura de controle e fiscalização que assegura o respeito às regras estabelecidas pela Lei Maior também criou raízes nas instituições militares e, assim, pode-se considerar que também as mais elevadas patentes das Forças Armadas passaram a zelar pelo respeito ao MPM.

Nesse contexto, o Ministério Público Militar é o órgão que se acha incumbido do relevante papel de buscar punição para aqueles que são acusados de, eventualmente, haverem infringido a norma penal ou praticado ato de improbidade administrativa, além de resguardar o que a CR/88 deixou a cargo da união ministerial, ou seja, a defesa dos interesses da sociedade.

Devemos então crer que, tal como as Forças Armadas de países da Europa Ocidental e até mesmo as dos Estados Unidos da América respeitam e zelam pela Corte Marcial, para dar continuidade à credibilidade das forças militares, também as Forças Armadas brasileiras estenderão o respeito ao MPM, posterior à CR/88, para manutenção da credibilidade, não só da Instituição, mas também do próprio Estado Democrático de Direito nacional.■

Referências bibliográficas

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

CARMO, Glauber Sérgio Tatagiba do. Estrutura da Lei Orgânica Estadual (Lei Complementar nº 34/94): algumas considerações. In: MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça. **Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2008. p. 47-54 (tópico 1.2).

⁶ Ricardo Freitas é Procurador de Justiça Militar, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e professor de Direito Penal e Criminologia da UFPE.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo legal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Ricardo. **O Ministério Público na defesa da ordem jurídica e do regime democrático**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público da União, ano 4, n. 14, jan./mar., 2005. p. 156.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIGON, Eduardo Xavier Ferreira. O papel jurídico-constitucional das Forças Armadas (FFAA) do Cone Sul como fator de influência na integração militar regional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 36, 02/01/2007. Disponível em: <<http://cepen.org/portaldacidadania/2010/12/o-papel-juridico-constitucional-das-forcas-armadas-ffaa-do-cone-sul-como-fator-de-influencia-na-integracao-militar-regional/>>. Acesso em: 2 set. 2011.

WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_da_separa%C3%A7%C3%A3o_dos_poderes>. Acesso em 5/09/2011.

A dependência grave do álcool e do crack e o atendimento na rede pública de saúde mental

Renata Iara Santiago Ribeiro

Aluna do curso de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

RESUMO: O presente artigo aborda o ponto de vista das políticas públicas em saúde mental para usuários de drogas, mais especificamente, do crack. A partir da experiência no “Estágio X” do curso de Psicologia da PUC Minas, diante das entrevistas com os internos no Hospital Raul Soares, bem como das discussões em supervisão, surgiu a ideia de entender o panorama da rede de atendimento voltada para o usuário de drogas. O que fazer para diminuir o uso do crack e outras drogas mais graves? É possível realizar um trabalho preventivo? A partir da transferência, pautada no reconhecimento do outro enquanto sujeito, consegue-se potencializar a demanda de tratamento? Quais mecanismos da rede de saúde mental estão envolvidos nesse processo? As colocações expostas no texto objetivam suscitar reflexões e críticas, além de compartilhar com os leitores os entraves e possibilidades de caminhos para intervenções que foquem a realidade psíquica e a realidade do contexto social.

Introdução

Segundo a Coordenação Nacional de Saúde Mental, Álcool e outras Drogas do Ministério da Saúde (2009, p. 1), no Brasil, o crack surgiu em 1980, atingindo a população de forma significativa em 1990. Coincidência ou não, esse também foi o momento em que aconteceu a Reforma Psiquiátrica que, posteriormente, resultou em diversos recursos destinados aos usuários de álcool e drogas:

A Reforma Psiquiátrica mineira vem se consolidando desde o final dos anos 70, quando trabalhadores do setor, num ato de coragem e responsabilidade profissional, denunciaram à sociedade as condições sub-humanas em que se encontravam milhares de pessoas internadas em nossos hospitais psiquiátricos [...]. Um marco dos avanços, assim obtidos em Minas, consiste na aprovação das Leis Estaduais nº 11.802, de 1995 e nº 12.684, de 1997, que preconizam a extinção progressiva dos hospitais psiquiátricos e sua substituição por uma rede de serviços e de cuidados pautados pelo respeito à dignidade e à liberdade dos portadores de sofrimento mental. (MINAS GERAIS, 2006, p. 4).

No decorrer do texto, discutiremos como essa rede de serviços atualmente se articula para atender os usuários de drogas mais graves. Nas décadas de 80 e 90, o crack alcançou sucesso entre os jovens, principalmente os de camadas menos favorecidas, devido ao baixo custo e efeitos intensos. A droga é composta pelo cloridato da cocaína dissolvido em água, misturado com bicarbonato de sódio e todos os restos da produção da cocaína (gasolina, querosene, água de bateria etc.). Apesar de intensos, os efeitos são passageiros, o que leva o usuário a consumi-la compulsivamente. Após fumar a primeira pedra, a fissura domina o sujeito que, a fim de obter mais pedra, comete atrocidades. Muitos roubam nas ruas, em casa; outros se prostituem e vendem os bens materiais com o objetivo de terem em mãos a “droga assassina”.

Segundo Caldas (2009), o crack atinge o sistema nervoso central, estimulando a produção de dopamina, um neurotransmissor que provoca sensações de euforia, poder, irritabilidade e paranoia. A falta da droga, ou seja, o período de abstinência, acontece quando os níveis de dopamina caem. Assim, as reações podem ser: depressão, agitação, dor muscular e vômito. Diante desses sintomas, o dependente é capaz de tudo para conseguir a droga e atingir novamente o estado de euforia. Enfim, trata-se de um complexo e desafiador problema social. É importante compreender quais são os recursos que a rede de atendimento em saúde mental disponibiliza e qual a eficácia dos serviços.

Percurso do usuário de drogas mais graves, como o crack, na assistência à saúde

Nos casos mais graves, a equipe de saúde mental construirá uma demanda de redução de danos e, se necessário, nos casos que exijam atendimento de maior complexidade, irá encaminhá-los para os serviços adequados, tais como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS-AD):

Os CAPS-AD, unidades de saúde que prestam atendimento a usuários de substâncias psicoativas e a seus familiares, foram instituídos pela portaria ministerial nº 336 de 10 de fevereiro de 2002. Seguem-se algumas de suas funções:

- a) acolher, em regime intensivo (permanência: todos os dias da semana), semi-intensivo (permanência por alguns dias da semana) ou não intensivo (apenas um dia no mês), usuários que estão usando drogas e álcool de forma excessiva e perigosa;
- b) buscar o consentimento e a participação dos usuários em seus tratamentos;
- c) oferecer, como nos outros CAPS, vinculação e atendimento individual com técnico de referência, e acesso a outros recursos previstos no processo terapêutico;
- d) promover a inserção dos usuários em outros equipamentos e espaços sociais;
- e) estimular a organização destes usuários em associações de defesa de seus direitos e da cidadania;
- f) encaminhá-los à unidade básica, quando chegar o momento adequado, para a continuidade do tratamento;
- g) manter as portas abertas para os usuários, a cada vez que eles necessitem de um novo período de afastamento das drogas, compreendendo que as recaídas são frequentes e devem ser tratadas. (SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE, 2006, p. 197-198).

Na teoria, temos uma rede de atendimento totalmente disposta a receber o usuário de crack, mas até que ponto vai a utopia do que está escrito em oposição à realidade social? Qual a distância entre a rede e o dia a dia, por exemplo, de um usuário de crack que vive nas ruas? Os “nós” da rede acontecem a partir do momento em que o serviço não dá conta de chegar à população que “grita” por socorro. Hoje, o que se vê é uma rede despreparada para prevenir, acolher, tratar e criar vínculos para as pessoas que buscam algum tipo de ajuda. O usuário de crack, por exemplo, raramente vai à rede de saúde pública buscar o tratamento ou, quando comparece, logo pode mudar de ideia. Segundo Amaury, psicólogo da Secretaria de Estado de Esportes e da Juventude, em apresentação ao Centro de Referência Estadual em Álcool e Drogas (CREAD) na reunião mensal da Rede de Medidas Socioeducativas de 2010, a adesão à acolhida ao tratamento, no caso do usuário de crack, é uma das grandes dificuldades enfrentadas, pois, de manhã, a pessoa busca o tratamento, mas à tarde, já não o quer. No CREAD, a cada trinta que aceitaram se tratar, vinte e cinco ficaram mais de uma semana e apenas um concluiu o tratamento.

No que diz respeito à rede de atendimento ao usuário de crack, sabe-se que diversos são os entraves que influenciam na dinâmica de articular o tratamento de forma a conduzir o sujeito ao processo de reestruturação física, psíquica e social. Contamos com problemas de infraestrutura, falta de financiamento para a implantação de unidades que sejam adequadas para receber os dependentes químicos e articular as ações possíveis e não há investimento em capacitação dos profissionais que trabalham na rede de saúde. Em meio ao caos, quem perde é o usuário. Enquanto os “nós” não se desembolam, os usuários de crack e drogas mais graves ficam a ponto de perderem a vida por falta de movimentações do Poder Público.

É angustiante ingressar na rede e constatar a sua falência. O usuário de crack inicia o tratamento no CAPS-AD, mas a vinculação não acontece, porque o número de profissionais não atende a demanda. Até ocorre a tentativa de encaminhá-lo a algum outro serviço, mas o acompanhamento nem sempre acontece. Antes de o processo terminar, o usuário já desistiu e o sistema que o encaminhou, às vezes, descobre isso somente meses depois, quando já é tarde demais. Assim, as ruas continuam lotadas de pessoas que “gritam” por socorro.

Se o dependente químico não chega até a rede, é dever dela ir até ele e chamá-lo a ocupar um lugar de sujeito dentro da sociedade. Como fazer isso? Segundo a Coordenação Nacional de Saúde Mental, Álcool e outras drogas, do Ministério da Saúde (2009), tem-se por exemplo, como uma das estratégias de intervenção voltada ao reconhecimento da realidade do sujeito, o que se chama de “Consultórios de Rua”, trabalho realizado por uma equipe que chega a um determinado contexto, se dispõe a escutar os atores sociais do meio para, assim, poder ajudar.

Depois de estabelecido o vínculo e a transferência, o trabalho se inicia. Os usuários de crack que estão nas ruas são pessoas que, provavelmente, foram negligenciadas ora familiar, ora estatal, ora socialmente. Desta maneira, é fundamental estabelecer um trabalho pautado no olhar direcionado à subjetividade do outro. Vale ressaltar que o crack em si já exclui socialmente. Portanto, como fica a situação dos dependentes que carregam histórias de total marginalização desde a infância? A atividade da rede pública de saúde com equipes de consultório de rua deve realizar trabalhos de reinserção social, a partir do instante em que se retira o estigma “usuário de crack” para dar lugar ao sujeito cidadão, digno da possibilidade de se tratar e de construir um projeto de vida.

De acordo com o médico psicanalista Tarcísio Andrade (apud MACHADO, 2010), o tratamento da dependência, tanto do crack quanto de outras drogas, deve acontecer sob a ótica de redução de danos. Isso significa adequar o serviço à realidade da comunidade. É focar no sujeito e não na substância.

É importante marcar que, em determinados casos, a internação é necessária, porém o interessante seria que cada usuário tivesse um planejamento de atendimento acompanhado após sair do hospital, fato que, na prática, nem sempre acontece. Um dos entrevistados no Estágio do Hospital Raul Soares, que apresentava grave dependência ao álcool, disse: “Já me internei aqui algumas vezes. Quando saio, vou com a receita nas mãos para buscar os remédios. Busco o meu remédio no primeiro bar, uma dose de conhaque”. Será que há para este paciente um acompanhamento pós-período de internação? Caso tenha, é possível notar as falhas. A intersetorialidade entre o serviço de Saúde Mental e as outras áreas não funciona.

Devemos, pois, interrogar as razões que nos levam a falar tanto e a fazer tão pouco, no que diz respeito à intersetorialidade [...] quando se trata de intersetorialidade, as decisões relativas à economia permanecem sempre de alguma forma à parte. A área econômica não costuma surgir como parceira das ações intersetoriais, e sim como sua comandante, declarada ou oculta [...] ao tratarmos da atenção à Saúde Mental nas unidades básicas de saúde, tem-se a necessidade de ações intersetoriais para que os usuários crônicos encontrem saídas para além das unidades básicas de saúde. (SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE, 2006, p. 83-84).

Ainda ao abordar o percurso do usuário de drogas mais graves, existem as Comunidades Terapêuticas, serviço de atenção a pessoas com problemas decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas, em regime de residência ou outros vínculos de um ou dois turnos. Segundo modelo psicossocial citado na Resolução nº 101, são unidades que têm como função a oferta de um ambiente protegido, técni-

ca e eticamente orientados, que forneça suporte e tratamento aos usuários, durante o período estabelecido de acordo com programa terapêutico adaptado às necessidades de cada caso. É um lugar cujo principal instrumento terapêutico é a convivência entre os pares. Oferece uma rede de ajuda no processo de recuperação das pessoas, resgatando a cidadania, buscando encontrar novas possibilidades de reabilitação física e psicológica e de reinserção social.

A Resolução nº 101 da Vigilância Sanitária (2001, p. 7-9) aponta que:

A equipe mínima para atendimento de 30 residentes deve ser composta por:

- 01 (um) Profissional da área de saúde ou serviço social, [...];
- 01 (um) Coordenador Administrativo;
- 03 (três) Agentes Comunitários [...].

O serviço deve garantir a presença de, pelo menos, um membro da equipe técnica no estabelecimento no período noturno.

Recomenda-se a inclusão de Curso de Primeiros Socorros no curso de capacitação.

[...]

Os serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas, a serem implantados, devem ter capacidade máxima de alojamento para 60 residentes, alocados em, no máximo, 02 unidades de 30 residentes por cada unidade. Para os Serviços já existentes, será admitida a capacidade máxima de 90 residentes, alocados em no máximo 03 unidades de 30 residentes cada.

Os serviços de atenção a pessoas com transtorno decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas que prestam assistência médica devem estar em conformidade com a Portaria nº 1.884/GM, de 11/11/1994 do Ministério da Saúde ou a que vier a substituí-la;

Os serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas que prestam assistência psicológica e social [...], devem manter uma relação direta entre as atividades a serem desenvolvidas [...] e os ambientes para a realização das mesmas.

Acerca do monitoramento, propõe ainda a Resolução nº 101/2001 que:

É competência dos COMEN's, CONEN's, Secretarias de Saúde Estaduais, Municipais e do Distrito Federal a fiscalização e avaliação periódicas, respeitando o âmbito de atuação dos agentes envolvidos dos Serviços mediante a criação de protocolo específico a ser definido posterior-

mente. Podem ser criadas comissões locais compostas por representantes das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, COMEN's e CONEN's, Federações e Associações.

Tal resolução mostra as diretrizes de funcionamento das Comunidades Terapêuticas que em diversas circunstâncias não são seguidas. Em Minas Gerais, por exemplo, a atual situação é crítica, pois, segundo Amaury (2010), das 350 casas abertas, 300 podem ser fechadas, uma vez que estão totalmente fora das normas. Algumas denúncias mostram que, em vários municípios rurais, uma pessoa aluga um sítio, afirma ser uma Comunidade Terapêutica, enquanto, na verdade, explora a mão de obra dos "internos", apesar de haver um trabalho de fiscalização efetuado pelo CRE-AD e suas subsecretarias em parceria com a promotoria.

Mais uma vez percebe-se que, na prática, os serviços se desviam dos reais objetivos. Diante dessas complexidades, como fica o usuário de substâncias psicoativas que demandam tratamento de urgência? A falta do corpo clínico atrelada a outras problemáticas dificulta o processo do sujeito. Nas Comunidades, as internações acontecem voluntariamente. Portanto, o tratamento fracassará se não houver movimento de transferência, ou seja, um trabalho de acolhimento bem articulado que permita ao sujeito ter uma perspectiva de futuro.

Fazem-se necessárias ações pontuais que regularizem os serviços além do papel. A partir do momento em que o usuário de drogas mais graves, ou qualquer outra pessoa que demandar o Serviço de Saúde Mental, conseguir ser atendido de acordo com as diretrizes expostas neste artigo, será aumentada a probabilidade de eficácia do tratamento. Aos profissionais e demais atores envolvidos nessa rede, cabe a responsabilidade de uma prática pautada na ética em relação ao outro. ■

Referências bibliográficas

BRASIL. Resolução n. 101, de 30 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/101_01rdc.htm>. Acesso em: 31 ago. 2011.

CALDAS, Eloísa Dutra. **Crack: dependência e tratamento**. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagenca/artigo.php?id=204>>. Acesso em: 19 maio 2010.

COORDENAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. O crack: como lidar com este grave problema (I). Disponível em: <<http://www.ccs.saude.gov.br/saude-mental/pdfs/crackcomolidarcomestegraveproblema.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2010.

LAENDER, Nadja Ribeiro. Um caso clínico em questão: neurose ou psicose? **Estudos de psicanálise**, Aracaju, n. 32, p. 129-140, nov. 2009.

MACHADO, Kátia. **Drogas e sociedade**. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/radis/92/04.html>>. Acesso em: 19 maio 2010.

MELLO, Luciana Maria de Lima. **Da paranoia à psicose ordinária**. Disponível em: <http://www1.pucminas.br/documentos/dissertacoes_lucia_mello.pdf>. Belo Horizonte, 2006. Acesso em: 2 mar. 2010.

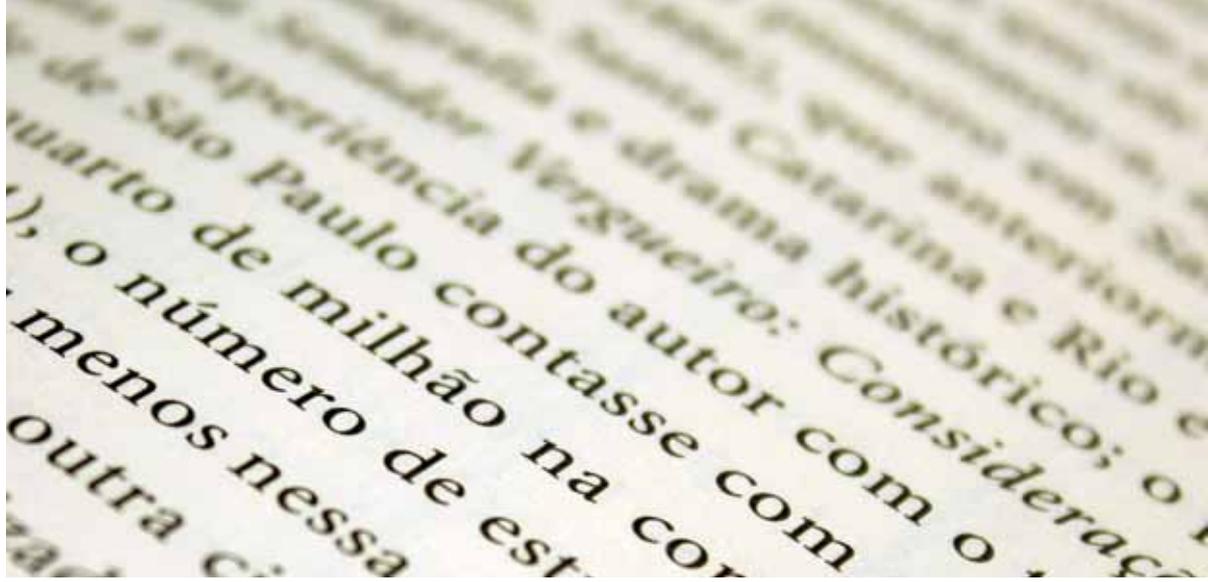
MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. Lei n. 11.802, de 18 de janeiro de 1995.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. **Atenção em saúde mental**. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde, 2006.

QUINET, Antonio. **Teoria e clínica da psicose**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

SANTIAGO, Ana Lydia: **Diagnóstico diferencial entre neurose e psicose: uma função das entrevistas preliminares**. Disponível em: <http://www.ebp.org.br/biblioteca/pdf_biblioteca/Ana_Lydia_Santiago_Diagnostico_diferencial_entre_neurose_e_psicose.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2011.

TIRONI, Angélica Cantarella. A psicose ordinária e os inclassificáveis das categorias. **Opção Lacaniana online**, ano 1, n. 1, mar. 2010. Disponível em: <http://www.opcaolacanianana.com.br/pdf/numero_1/Psicose_ordinaria.pdf>. (Nova série).



Normas de Publicação

1. Os trabalhos submetidos ao Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos.

2. Os trabalhos deverão ser preferencialmente inéditos no Brasil e os textos já veiculados em eventos não poderão ultrapassar um ano de sua divulgação, devendo ter essa data explicitada.

3. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial, que poderá aceitar ou não os trabalhos a ele submetidos e, eventualmente, sugerir modificações ao(s) autor(es), a fim de adequar os textos à publicação.

4. Os trabalhos deverão ser enviados para o endereço eletrônico: www.mp.mg.gov.br/mpmgjuridico.

5. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

6. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas, correspondente a até dois exemplares, em cujo número da revista tenha sido publicado o trabalho.

7. Os artigos encaminhados para a Revista MPMG Jurídico deverão ter, no máximo, 6 páginas. A padronização dos trabalhos consta abaixo:

I - os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o

tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 10. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser o A4.

II - Ao final, preferencialmente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

III - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

IV - Palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafadas em itálico.

V - Citações com menos de 4 linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a "[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara".

Outro autor nos informa que "[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]" (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 4 linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 1,0 cm e tamanho de fonte 9, sem aspas.

VI - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte Times New Roman, corpo 8. Deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme as normas a seguir.

VII - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro em negrito, edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. **Benjamim**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro em negrito, edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). **Jornalismo em perspectiva**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém, acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo Dicionário Aurélio**. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico em negrito, local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI (o exemplo da escola francesa). **EccoS – Revista Científica**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém, acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. **EccoS Revista Científica**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico em negrito, data da apresentação, número de folhas, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (escola, faculdade, fundação, instituição, etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. **Influência da glucana na evolução do lúpus murino**. 1990. Tese (Doutorado) – Escola Paulista de Medicina –, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

CANTARELA, Antonio Geraldo. **O caçador de ausências: o sagrado em Mia Couto**. 2010. 185 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Letras, Belo Horizonte, 2010.

g) Trabalho apresentado em evento: os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão "In:", nome do evento em caixa alta, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals. Nyborg: IFA*, 2001. p. 53-58.