

JMPMG JURÍDICO

Edição nº 34 • set. a dez. 2011
www.mp.mg.gov.br/mpmgjuridico • ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



MATÉRIA ESPECIAL

Proposta de Emenda Constitucional nº 75 -
um atentado à independência do Ministério Público

Luciano Coelho Ávila

ENTREVISTA

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover

CONTEÚDO

Direito Público, Coletivo, Civil, Penal e Informações Variadas

APRESENTAÇÃO

CARÍSSIMOS AMIGOS,

Esta edição traz o artigo de Luciano Coelho Ávila, Promotor de Justiça do Distrito Federal, sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 75. Destaco também a entrevista concedida pela ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover.

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)

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 (Faculdade de Negócios de Belo Horizonte)

Prof. Luciano José Alvarenga (Professor no Centro de Atualização em Direito (CAD), Universidade de 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
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: Rafael Fernandes Rocha
Local da Fotografia: Lagoa da Pampulha

SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Helena Carvalho Moysés
Ricardo Naves Silva Melo

INDICAÇÃO DE OBRAS E ARTIGOS
Helena Carvalho Moysés
Ricardo Naves Silva Melo

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

SUMÁRIO

MATÉRIA ESPECIAL

- 10** **Proposta de Emenda Constitucional n° 75 - um atentado à independência do Ministério Público**
Luciano Coelho Ávila

ENTREVISTA

- 12** **Entrevista com a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover**

DIREITO PÚBLICO

Constitucional, Administrativo e Institucional

Artigos:

- 15** **A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132**
Renato Ângelo Salvador Ferreira
- 18** **Direito à felicidade**
José Veríssimo Neto
- 20** **Publicidade da atuação parlamentar: impessoalidade e moralidade**
Thiago de Oliveira Costa Pires

Jurisprudência:

- 21** *STJ, 1ª Seção*
A demissão de servidor público sem a observância da natureza e da gravidade da infração cometida no Processo Administrativo Disciplinar ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade
- 22** *STJ, 6ª Turma*
Não há ilegalidade em ato do Procurador-Geral de Justiça que determina que assessores jurídicos do Ministério Público estadual firmem declaração de não-exercício da advocacia
- 23** *TJMG, 3ª Câmara Cível*
Ação popular ambiental é imprescritível

Sugestões de Leitura:

- 23** **Obra doutrinária:** FUX, Luiz (Coord.). **Jurisdição Constitucional:** democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 450p.
- 23** **Artigo:** LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 10 Abr. 2012. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/237281>. Acesso em: 18 Abr. 2012.

DIREITO COLETIVO

Material e Processual

Artigos:

- 24** **Código florestal brasileiro: reflexões à luz da ciência**
Luciano José Alvarenga
- 26** **Ilegalidade da inserção dos 10% e do *couvert* artístico nas contas destinadas aos consumidores**
Carlos Alberto Rocha

Jurisprudência:

- 28** *STJ, 2ª Turma*
De acordo com uma interpretação da legislação mais favorável e protetora do patrimônio histórico-cultural não se pode fazer construções que impeçam ou reduzam a visibilidade de coisa tombada sem a autorização do Iphan
- 29** *STJ, 3ª Turma*
Banco é condenado a pagar indenização por dano moral coletivo ao dificultar acesso a caixa preferencial
- 29** *TJMG, 5ª Câmara Cível*
Presunção de legitimidade dos relatórios dos órgãos ambientais garante medida urgente aplicada em transportador de carvão vegetal com documentos ideologicamente falsos
- 30** *TJMG, 4ª Câmara Cível*
Tribunal confirma liminar inaudita contra Estado a fim de preservar patrimônio cultural

Sugestões de Leitura:

- 30** **Obra doutrinária:** RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos do Direito do Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Forum, 2012. 349p.
- 30** **Artigo:** CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. Direito Ambiental e poluição sonora. O Direito Ambiental, Urbanístico, Processual e Penal no combate à poluição sonora. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3195, 31 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21408>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

Artigos:

- 31** Da desnecessidade de lavratura de auto de prisão em flagrante delito para crimes punidos com pena não superior a quatro anos em razão da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011
Marcelo Fernandes dos Santos
- 33** O delito de violação de direitos autorais (art. 184, § 2º, do Código Penal) e a criminalização do consumidor final adquirente – duas faces da mesma moeda?
Vinicius de Souza Chaves

Jurisprudência:

- 35** *STJ, 5ª Turma*
Princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes
- 36** *STJ, 6ª Turma*
A entrada em vigor da Lei n. 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, permanecendo o prazo de cinco dias de acordo com o entendimento da Súmula n. 699 do STF
- 36** *STJ, 5ª Turma*
A reiteração do delito de furto, ainda que em valor tido por insignificante, afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância

Sugestões de Leitura:

- 37** **Obra doutrinária:** GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão:** alternativas penais: legitimidade e adequação. Salvador: Juspodvm, 2008.
- 37** **Artigo:** BOTELHO, Jeferson. Delegado de polícia que preside inquérito policial não é testemunha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19717>>
- 38** **Artigo:** RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo et al. A privatização do sistema penitenciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19719>>.
- 38** **Artigo:** AMARANTE, Mariana Garcia; SILVEIRA, Rosinei da. A punição perpétua pela estigmatização social. A exigência de atestado de antecedentes para contratação em empresa privada na região de Criciúma (SC). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2953, 2 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19681>>.

Artigos:

- 39** Da obrigatoriedade de se discutir as cláusulas de proteção à pessoa dos filhos na ação de divórcio frente à nova Emenda Constitucional nº 66/2010 e os reflexos imediatos na atuação do Ministério Público
Mário de Lima Rodrigues Júnior

- 42** Ao julgar Pedido de Providências, CNJ reafirma a “importância da ferramenta chamada ‘penhora on line’ ”
Alexandre Pontieri

Jurisprudência:

- 46** *STJ, 3ª Turma*
Escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação autoriza a fixação da indenização mais elevada
- 47** *TJMG, 1ª Câmara Cível*
Evidenciada situação de risco do menor na companhia da mãe biológica e constatadas boas condições após acolhimento em família substituta, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a consequente adoção, independentemente do fato de serem as adotantes do mesmo sexo
- 47** *STJ, 4ª Turma*
Atos do interventor em entidade fechada de previdência complementar podem ser questionados em mandado de segurança

Sugestões de Leitura:

- 48** **Obra doutrinária:** SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 358p.
- 48** **Obra doutrinária:** NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Divórcio:** inovações e consequências da EC 66/2010. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 120p.
- 49** **Artigo:** GUERRA, Bruna Pessoa. A deserção ante a ausência de afetividade na relação parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2961, 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19722>>.
- 49** **Artigo:** MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19730>>.
- 50** **Artigo:** RAVACHE, Alex. O ônus da prova no processo civil moderno. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19694>>.

ASSUNTOS VARIADOS

- 51** **Ineficiência da Justiça Federal**
Reis Friede
- 52** **Poder Legislativo: permanência ou extinção?**
Emerson Garcia
- 54** **Prevenção do bullying e obstáculos (parte I): o regimento escolar invisível**
Lélio Braga Calhau
- 56** **Normas de publicação**

MATÉRIA ESPECIAL

Proposta de Emenda Constitucional nº 75 - um atentado à independência do Ministério Público

Luciano Coelho Ávila

Promotor de Justiça do Distrito Federal

A pretexto de possibilitar a punição mais ágil e desburocratizada dos membros do Ministério Público que incorrem na prática de infrações penais e disciplinares, excessos e abusos de autoridade no exercício de suas funções, começa a tramitar pelo Senado a Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2011, de autoria do Senador Humberto Costa (PT/PE), que prevê, entre outras penalidades, a aplicação da pena de demissão dos integrantes do Ministério Público por decisão administrativa direta do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle externo do Ministério Público, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e composto por cidadãos indicados pelo Senado, pela Câmara dos Deputados, advogados indicados pela OAB, juízes indicados pelo STF e pelo STJ, além de membros do Ministério Público da União e dos Estados.

Atualmente, a decretação da perda do cargo de membro do Ministério Público só pode ocorrer conforme previsão expressa da Constituição Federal, após sentença judicial transitada em julgado, no que se denomina de garantia constitucional da vitaliciedade (art. 128, § 5º, inc I, “a” - CF). Idêntica garantia é assegurada pela Constituição aos juízes integrantes do Poder Judiciário (art. 95, inc. I - CF).

Historicamente, a garantia da vitaliciedade teve por objetivo proteger a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais em defesa dos direitos da sociedade; com isso, evita-se que o membro do Ministério Público ou o juiz de Direito responsáveis pela preservação da supremacia da Constituição e das Leis venham a ser alvo de perseguições políticas arbitrárias que possam resultar em suas demissões sumárias do serviço público.

A PEC nº 75/2011 é apresentada aos olhos da sociedade com aparente intuito “moralizador” e “anticorporativista”, despertando a impressão inicial de simplesmente abolir um suposto privilégio odioso assegurado aos membros do Ministério Público de somente serem demitidos por decisão judicial contra a qual não caiba mais recurso. O falacioso fundamento moralizador da proposta não resiste, entretanto, a uma análise mais criteriosa acerca dos verdadeiros objetivos da medida, pois eles colocam em risco a defesa da própria sociedade e da democracia brasileiras.

Coincidentemente ou não, a PEC nº 75 foi publicada no Diário do Senado do dia 11/08/2011, poucos dias após a deflagração da Operação *Voucher*, que resultou na prisão de 37 pessoas no interior do Ministério do Turismo, acusadas de desvio de dinheiro público da ordem de três milhões de reais. Na ocasião, foram presos integrantes do alto escalão do Governo Federal. Em rede nacional, o líder do Partido dos Trabalhadores (PT) na Câmara dos Deputados, o Deputado Cândido Vaccarezza, tratou logo de afirmar perante os jornalistas que referidas prisões decorriam de abuso de autoridade da Polícia Federal, do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário. Mais apropriado que comentar os atos de corrupção perpetrados contra a pasta do turismo do Governo Federal seria justificá-los, como já se tornou corriqueiro em situações análogas, em que houve abuso na ação daqueles órgãos de fiscalização e controle.

Percebe-se claramente que a PEC nº 75, muito embora tenha como justificativa a função “moralizadora”, a necessidade de aplicação mais ágil de penas de demissão aos promotores de Justiça acusados de desvios de conduta, finda por ocultar outras finalidades não explicitamente declaradas, em especial a de propiciar, com o passar dos anos, a demissão administrativa sumária de membros do Ministério Público que vierem a investigar os grandes desmandos de corrupção no país, de forma a expor,

“indevidamente”, a imagem de personagens influentes da República perante a opinião pública.

Nesse contexto, resulta cristalino o propósito da PEC nº 75: o de intimidar o Ministério Público, intimidar a própria sociedade brasileira, que perderá, em sendo aprovada referida emenda constitucional, um dos seus mais importantes mecanismos de controle da corrupção, representado pela *independência* na atuação dos promotores, que passarão, diante do risco iminente de demissão de seus cargos, por decisão direta de um órgão administrativo de composição mista não necessariamente técnica, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a denunciar apenas “ladrões de galinha”, assaltantes à mão armada, estupradores e homicidas, e não mais os assaltantes e estupradores dos cofres públicos. Eis aí o grande perigo oculto na PEC nº 75: ela certamente definhará o espírito combativo do membro do Ministério Público para dar lugar ao surgimento de promotores covardes e receosos de suas ações, em manifesto prejuízo ao interesse da sociedade por um órgão independente, capaz de levar oficialmente ao conhecimento do Poder Judiciário os desmandos de corrupção e desvio de dinheiro público que afrontam a própria dignidade do sofrido povo brasileiro.

A PEC nº 75 se mostra, nesse contexto, como uma cortina de fumaça lançada sobre os olhos da sociedade brasileira: é apresentada por parlamentares com o declarado propósito ético-moralizador e anticorporativista para desviar o foco de sua essencial e nefasta finalidade de possibilitar, num futuro próximo, as demissões desburocratizadas de promotores de Justiça e procuradores da República cumpridores de seus deveres funcionais de defesa dos direitos da sociedade brasileira a um governo probo e honesto.

Não se ignora que o Conselho Nacional do Ministério Público, instituído pela Emenda nº 45/2004, tem contribuído significativamente para o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, assim como para o efetivo cumprimento dos deveres funcionais de seus integrantes. Daí a se ampliar o rol de suas competências para passar a permitir a aplicação da pena de demissão administrativa aos membros do MP vai uma imensa diferença.

Isso porque nada impedirá, conforme argumentos defendidos por alguns Senadores durante a sabatina de recondução do Procurador-Geral da República Roberto Gurgel, ocorrida dias atrás, a futura alteração da própria composição atual do CNMP, de modo a ampliar a representatividade do número de Conselheiros indicados pelo Senado e pela Câmara dos Deputados. Assim, primeiro se permite a demissão direta pelo CNMP para, em momento posterior, alterar-se a composição deste Conselho, que poderá passar a ter novos integrantes indicados, politicamente, pelo próprio Senado e pela Câmara dos Deputados, propiciando a tomada de decisões demissionárias, não necessariamente técnicas, mas puramente políticas.

Assim, a alteração constitucional ora proposta possibilitará não só a demissão de promotores ímprobos, como também, e talvez até com maior rigor, a demissão sumária de membros do Ministério Público que, no exercício responsável e independente de suas atribuições legais e constitucionais em defesa dos direitos da sociedade, estiverem “incomodando” os governantes e políticos inescrupulosos e corruptos. Como se não bastasse, nada impedirá, nas mesmas condições, a extensão da perigosa demissão administrativa direta para juízes, a ser aplicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que certamente contribuirá para uma maior submissão do Poder Judiciário à vontade dos legisladores e governantes, interferindo diretamente na independência jurisdicional.

Tornar os membros do Ministério Público e, em perspectiva, os juízes, vulneráveis, suprimindo-lhes a vitaliciedade, é derogar, indiretamente, o direito dos cidadãos e das comunidades a um julgamento justo (*fair trial*). Demitir sumariamente promotores e juízes por incomodarem os poderes econômico e político comprometerá, inelutavelmente, a promoção da justiça e a prestação jurisdicional realmente justa e efetiva.

Não se deve olvidar, por derradeiro, que, uma vez aprovada e mantida a PEC nº 75, nada obstará (pelo contrário, restará estimulada) a apresentação de novas propostas legislativas destinadas à supressão de outras garantias e prerrogativas de independência dos membros do Ministério Público, a exemplo da inamovibilidade, da independência funcional etc., sem prejuízo da retirada de suas atribuições constitucionais (art. 129 - CF), até se chegar a ponto de não haver mais nenhum resquício constitucional da *dimensão material*, atualmente conhecida do Ministério Público brasileiro; tal situação se configura na inesquecível advertência extraída do poema de Eduardo Alves da Costa “No caminho com Maiakovsky”:

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

Resta saber se a sociedade brasileira compactuará com o enfraquecimento das garantias constitucionais de independência do Ministério Público rumo à construção de um novo modelo de instituição permanentemente intimidada e ameaçada após cada ação investigativa de repercussão nacional, por propostas legislativas que tendem a resgatar a já superada ideia da mordação. Em jogo, uma vez mais, a ainda frágil democracia brasileira e a capacidade de não resignação da opinião pública diante de proposta legislativa flagrantemente atentatória aos ideais de transparência, moralidade e independência dos órgãos de controle da Administração Pública. ■

ENTREVISTA

Entrevista com a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover

A senhora nasceu na Itália e depois veio para o Brasil, com a família?

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover: Sim!

Qual a razão de a senhora ter escolhido o Brasil?

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover: Não, eu não escolhi nada. Eu tinha dezesseis anos. Meu pai e minha mãe é que resolveram sair da Itália. Meu pai tinha sido Ministro da Fazenda no governo de Mussolini – a República de Mussolini – e, quando o fascismo caiu, ele foi processado por colaboracionismo com os alemães e foi plenamente absolvido, porque ele sempre tinha cuidado dos interesses da Fazenda italiana, até contra os próprios alemães. Mas ele achou que não havia mais clima para ficar na Itália e resolveu, então, emigrar. E escolheu o Brasil. Eu cheguei com dezesseis anos, quase dezessete, e não sabia uma palavra de português. Foi uma adaptação muito fácil. Eu gostei muito do País e fiz o segundo colegial como ouvinte. Prestei os exames de revalidação, que eram necessários para fazer o terceiro colegial, e logo fui para a faculdade de Direito da USP. E a escolha foi mais em razão das tradições da família. Meu avô tinha sido Desembargador, meu pai era professor de Direito Constitucional e advogado; e eu – talvez influenciada por meu pai, *certamente* influenciada por meu pai – escolhi a faculdade de Direito e me formei em São Paulo.

A senhora tem centenas de obras publicadas, e possui uma visão profunda em todas as áreas do Direito. Fale sobre a necessidade ou não de um novo Código de Processo Civil para o Brasil.

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover: Sim, haveria a necessidade de várias modificações, até porque o Código de 73 foi várias vezes reformado a partir dos anos 90, então se quebrou um pouco a homogeneidade do Código Buzaid. Mas acontece que esse projeto aprovado no Senado, a meu ver, não representa um novo Código;

não traz inovações quanto à estrutura do Código e as reformas poderiam ter sido feitas pontualmente. O projeto tem pontos altos, sem dúvida nenhuma, mas não inova profundamente. Então, agora o projeto está na Câmara dos Deputados – ainda não temos relator – foi entregue, por esses dias, pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal Federal, que foi o Presidente da Comissão de Juristas do Senado encarregada da elaboração do chamado novo Código de Processo Civil. Quatro diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que fez praticamente todas as reformas no Código de Processo Civil desde os anos 90, dentre os quais me inscrevo, estão preparando o substitutivo ao Projeto de Código de Processo Civil e o substitutivo, também, ao projeto de Código de Processo Penal. Esse substitutivo ao Código de Processo Civil traz, sim, diversas inovações em termos de modernização do Direito Processual, mas mantém a estrutura do projeto, porque não daria tempo de se fazer agora uma alteração estrutural. Porém, há várias escolhas e vários pontos que aperfeiçoam o Código. Quando for designado o relator, esperamos apresentar esse substitutivo em nome dos quatro diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do qual eu sou, agora, Presidente Honorária.

Sabemos que a senhora tem inúmeras frentes de batalha nessa luta pela efetivação do Direito brasileiro. E a senhora integra a Comissão de Reforma do Código de Defesa do Consumidor. Como está o andamento da Reforma?

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover: Não há, propriamente, uma reforma. É mais uma atualização sobre pontos que, à época do Código de Defesa do Consumidor (já faz vinte anos), nem sequer se prospectavam perante a Comissão que elaborou o anteprojeto, que eu coordenei. Esse Código, na parte de Direito material, vai tocar no crédito ao consumidor, no superendividamento, que é um problema muito grave a que estamos assistindo; vai tocar no comércio eletrônico que, à época, não existia. Não é uma reforma completa, até porque o professor Herman

Benjamin, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que é o presidente da Comissão, tem muito clara a noção de que, se fosse uma reforma ampla, por intermédio de emendas, poderíamos ter algum retrocesso. E, aliás, o Presidente do Senado, José Sarney, deixou muito claro que não se admitirá nenhum retrocesso. Eu sei que, quando se anunciou a instauração do trabalho da Comissão, houve muito alarde entre os Órgãos de Defesa do Consumidor, pensando que se tocaria em todo o Código; e isso poderia abrir uma frente perigosa, digamos assim, para reformas que marcassem retrocesso. Mas o Presidente Benjamin entendeu que, versando a reforma apenas sobre alguns projetos de lei, sobre pontos tópicos, esse risco não se corre. Então, esses três temas são os temas que vão ser abordados: o crédito ao consumidor, o superendividamento e o comércio eletrônico. O crédito ao consumidor e superendividamento são problemas muito sérios e a parte processual que acompanha essas reformas também será atualizada. Algumas ideias que estão no projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados sobre a nova Ação Civil Pública vão ser aproveitadas e terão um tratamento também mais harmônico com o que existe no Código. Enfim, a parte processual vai acompanhar, dentro do mesmo espírito, as atualizações preconizadas para o Direito material.

Comente o anteprojeto de controle da judicialização das políticas públicas.

Prof.ª Ada Pellegrini Grinover: Bem, a questão do controle jurisdicional de políticas públicas, hoje, é uma realidade no Brasil. Os tribunais brasileiros, como atesta o Supremo Tribunal Federal, têm admitido, amplamente, o controle e a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, mas o que acontece é o que Virgílio Afonso da Silva, filho do Prof. José Afonso da Silva, mineiro, professor titular de Direito Constitucional chamou de “jurisprudência responsável”, ou seja, muitas vezes os juízes julgam essas causas sem conhecer sequer a política pública que já existe no setor, sem conhecer os problemas orçamentários, sem conhecer orçamento, sem manter um diálogo com a Administração, para que possa uma sentença com uma obrigação de fazer ser, ao mesmo tempo, equilibrada e até exequível. Diante dessa problemática – por exemplo, a última estatística do Conselho Nacional de Justiça, que tem 124 mil ações correndo no Brasil só em questão de saúde –, organizamos um seminário pelo CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), fundado por Kazuo Watanabe e agora presidido por mim. Fizemos uma pesquisa sobre toda a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas e fizemos um seminário sobre o tema e, ao final deste seminário, aprovamos conclusões por unanimidade para que se forjasse um novo processo para a judicialização de políticas públicas. Era necessário, talvez, mostrar o caminho correto para o Judiciário, para que houvesse uma maior participação, um maior contato entre a Administração – que se omitiu – e o juiz, e se chegar a uma solução mais condizente. Um

novo processo, com cognição e contraditório ampliados. Então, a partir daí, Kazuo Watanabe e eu fizemos uma primeira proposta básica para o processo de controle jurisdicional de políticas públicas, recebemos sugestões dos pesquisadores que tinham participado dessa pesquisa e estamos trabalhando nesse anteprojeto, que tem diversos pontos fundamentais. Primeiro, uma fase preliminar, administrativa, de contato do juiz com a Administração e outros Órgãos que possam ajudá-lo, para entender orçamento, para entender a política pública já traçada. Enfim, um diálogo, digamos assim, antes mesmo da citação e da contestação. E nós entendemos que, com este diálogo, muitas vezes, não haverá sequer necessidade de instauração do processo judicial, mas haverá uma espécie de termo de ajustamento de conduta; o Ministério Público também participa ativamente dessa fase preliminar, para se atender, quem sabe, progressivamente, àquele pedido. Se isso não for feito, existirá o processo judicial. Afinal, já está tudo feito na parte administrativa e no contraditório – é sempre importante que se diga *contraditório* – e, então, o juiz poderá proferir sentenças com várias obrigações de fazer; por exemplo, transpor a verba necessária de uma rubrica para outra no orçamento, ou prever que no orçamento dos anos futuros se contemple a verba necessária para aquela específica política pública a fim de que esta seja, efetivamente, implantada. E o acompanhamento da execução pode ser feito, como acontece na Itália com o Processo Administrativo Jurisdicional, por uma espécie de comissário que tem uma atividade auxiliar à do juiz (sempre sob orientação deste) para acompanhar, efetivamente, o cumprimento da sentença. Está prevista a reunião de causas não só pela conexão, mas entre juízes que visam o mesmo Órgão para o cumprimento de uma política pública. Está previsto também o caso piloto para os tribunais de segundo grau, uma interação maior entre os juízes, uma interação maior entre tribunais e juízes de primeiro grau, e mais, um esforço no sentido da coletivização de demandas individuais. Por exemplo, situações em que se pede um remédio ou uma cirurgia no exterior, que não é, propriamente, uma política pública, mas incide sobre a política pública da saúde, porque, se atendido o pedido, retiram-se recursos universais da política pública, que deve sempre ser universal e igualitária. E, às vezes, essas demandas individuais também têm uma eficácia positiva, porque, se repetitivas, podem induzir o Poder Público a mudar a política pública; o que aconteceu, por exemplo, com o coquetel antiviral contra a AIDS e, mais recentemente, com o tipo de insulina usada para o diabetes, que foi alterado para uma medicação mais eficaz e menos nociva ao organismo. Então nós estamos nessa fase, ainda recebendo propostas, e acho que, neste segundo semestre, nós poderemos apresentar um projeto de lei por intermédio de um deputado ou de um senador no Congresso Nacional.

Fale sobre a importância desta última reforma do Código de Processo Penal e deixe uma mensagem para o Ministério Público de Minas Gerais.

Prof.^a Ada Pellegrini Grinover: Bom, essa última reforma do Código de Processo Penal é sobre as medidas cautelares. Eu vou dizer apenas isso, que eu considero uma mensagem mais direta: antes desta reforma, que vai entrar em vigor agora em julho – ainda estamos no período da *vacatio legis* –, o juiz, diante de um ilícito penal, tinha apenas duas alternativas: ou prendia, pela prisão em flagrante, pela prisão preventiva, pela prisão para averiguações, ou então, simplesmente, soltava, aplicando a liberdade provisória, mas sem que houvesse nenhum vínculo. Então, o suspeito ou era preso, ou era solto, sem vínculo algum. Aí, diante desta alternativa, muitas vezes, o juiz mandava prender, porque não tinha nenhuma segurança em deixar o suspeito, o acusado, solto. A nova lei dá ao juiz diversas opções. A prisão, aliás, é a última *ratio*. É o último recurso. E se abre um leque de medidas cautelares possíveis, como a prisão domiciliar, o afastamento do acusado ou suspeito de determinados lugares, o bracelete eletrônico (a pulseira eletrônica que já está sendo utilizada em vários estados), o recolhimento do preso no domicílio durante a noite e nos feriados; enfim, há uma série de alternativas, vínculos para a liberdade provisória. Contracautelas, para a cautela que é a liberdade provisória. Então vai haver diversas opções. A tônica do projeto é a necessidade dessas medidas e sua adequação ao caso concreto e, com isso, surge espontaneamente a pergunta: mas e diante dessas reformas pontuais do Código de Processo Penal, há realmente a necessidade de um novo Código de Processo Penal, que foi aprovado pelo Senado e está já na Câmara dos Deputados? Bom, na verdade, dessas propostas legislativas que fizemos e as quais foram aprovadas, nós apresentamos onze propostas e foram aprovadas nove. Estavam faltando o projeto de lei sobre recursos e o projeto de lei sobre inquérito policial. O projeto de lei sobre recursos é fácil de ser aprovado, porque ele não é polêmico. Com relação a inquérito policial, há um contraste, uma controvérsia por poder: de um lado o Ministério Público, do outro lado, a polícia e os delegados de polícia. Então, é muito difícil vencer esse ponto. Agora, é claro que, reformando-se um Código de Processo Penal, outras questões podem ser levantadas, podem ser mais bem resolvidas. Por exemplo, algo que acontece

hoje é que praticamente toda a justiça penal se faz por intermédio de *habeas corpus*. É o *habeas corpus* que resolve os conflitos na área penal. E então, nesse substitutivo que o Instituto Brasileiro de Direito Processual também está fazendo ao Código de Processo Penal, nós pensamos num mecanismo para acelerar o julgamento do agravo contra a prisão de maneira a evitar ou diminuir, pelo menos, a necessidade dessa panaceia que hoje se tornou o *habeas corpus*. Nesse ponto, extremamente delicado, o projeto de lei, aliás, tentou limitar um pouco o alcance do remédio constitucional, entretanto os advogados de defesa da Ordem dos Advogados do Brasil conseguiram reverter a situação. Outra novidade é a chamada PEC dos Recursos, proposta de emenda constitucional cuja ideia fundamental vinha do Ministro Peluso, presidente do Supremo Tribunal Federal, mas a proposta de emenda foi apresentada pelo senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES). Ela desloca o momento da coisa julgada para o julgamento com os recursos de segunda instância – apelação, por exemplo – e trata o recurso extraordinário e o recurso especial como uma espécie de ações rescisórias. Isso vai ser muito nocivo para o sistema penal, porque hoje a presunção de não culpabilidade, a presunção de inocência, vale até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa maneira, durante a tramitação do recurso especial e do recurso extraordinário, não pode haver prisão do acusado. Essa é a posição firme do Supremo Tribunal Federal. Agora, se nós deslocarmos o momento do trânsito em julgado para o julgamento da apelação e aí, se o recurso extraordinário e o recurso especial forem tratados como uma espécie de revisão, nós vamos ter a imediata prisão do acusado. É uma escolha política. Foi feita conscientemente, porque se entendeu que as delongas do recurso extraordinário e do recurso especial não devem permitir que o acusado continue em liberdade. Como mensagem final, eu quero dizer que nós estamos, já há uns vinte anos, num momento de ebulição do Direito Processual brasileiro, estamos com muitas novidades ainda para caminhar e, certamente, a minha presença aqui no Ministério Público de Minas Gerais me agrada muito para poder discutir algumas dessas questões com os colegas da Instituição. Muito obrigada. ■

DIREITO PÚBLICO

Constitucional, Administrativo e Institucional

Artigos

A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132

Renato Ângelo Salvador Ferreira

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

O Judiciário tem o dever-poder de dizer o direito e deve fazê-lo sempre com a observância do disposto em nossa Magna Carta.

Nossa Constituição da República possui como princípios fundamentais (art. 1º da CR/88), dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, tem por objetivos (art. 3º da CR/88), dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além do exposto, os direitos e garantias expressos no texto da Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais nosso país faça parte (art. 5º, § 2º, da CR/88), permitindo-se até que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos venham a ter *status* equivalente às emendas constitucionais (art. 5º, LXXVIII, § 3º, da CR/88).

À época do julgamento das demandas aludidas, o Supremo Tribunal Federal (STF) observou não só o disposto na Constituição de 1988, como também o previsto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e, sobretudo, o fez com expresso poder *contramajoritário*, atuando na proteção das minorias contra imposições discriminatórias e dezarrazoadas das majorias, interpretando e aplicando o ordenamento jurídico em favor dos vulneráveis homoafetivos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em várias passagens de seu texto, consagra proteção às minorias (no caso específico, às uniões homoafetivas):

Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

[...]

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]

Artigo XII. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

O Pacto São José da Costa Rica, instrumento jurídico regional (interamericano) de proteção dos direitos

humanos, também tem previsões protetivas às minorias (no caso específico, as uniões homoafetivas):

Artigo 11 (Proteção da honra e da dignidade)

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

[...]

Artigo 17 (Proteção da família)

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

[...]

Artigo 24 (Igualdade perante a lei)

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

No julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, ao decidir que a união estável homoafetiva tem regime jurídico de entidade familiar, o STF assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não se esconder sob o manto da vergonha, de não se submeter à maioria.

Foi uma demonstração fático-jurídica de implementação do princípio da isonomia na realidade social e jurídica brasileira, garantindo a implementação de direitos fundamentais em favor de um grupo de pessoas humanas que também tem o direito de ser feliz.

Nesse sentido, vale conferir trecho do voto do Ministro Relator dos julgados suprarreferidos, Ayres Britto, ao se reportar ao papel *contramajoritário* da Suprema Corte:

[...]

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões

de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ('Judiciário e Minorias', 'in' Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

'A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

.....
Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas

alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

.....
 Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
 Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

.....
 É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.

.....
 Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. [...].’

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (‘Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno’, tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a ‘Majority rule’ e os ‘Minority rights’:

A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu

próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: ‘Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro’. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas ‘Considerations on Representative Government’, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (‘of true and false Democracy’): ‘A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.’

[...]

No desempenho de sua jurisdição constitucional, o STF garantiu proteção a um grupo minoritário exposto a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica e política, vitimado pela intolerância, perseguição e discriminação.

Os julgados demonstram uma tendência de nossa sociedade, qual seja, a de, ao menos juridicamente, legitimar materialmente a democracia através do reconhecimento dos direitos das minorias, assim como já o fez o Pretório Excelso por ocasião do julgamento da Ação Popular nº 3.388/RR (Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), também de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Enfim, falta-nos o aspecto comportamental, no sentido de conferir às minorias legitimação cultural e social e isso depende de cada um de nós, já que, nos termos da Constituição da República de 1988 (art. 3º, I), da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXIX, itens 1 e 2) e do Pacto São José da Costa Rica (art. 32, item 1: Correlação entre deveres e direitos), objetivamos construir uma sociedade mais livre, justa e solidária e, para tanto, é preciso que saibamos que toda pessoa tem deveres para com essa sociedade, inclusive, o de reconhecer e respeitar direitos e liberdades de outrem. ■

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República (1988).

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Pet 3.388. Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 RTJ VOL-00212-PP-00049 EMENT VOL-02408-02 PP-00229.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 626. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 635. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 477554. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=477554&classe=RE&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>>>. Acesso em: 12 jan.2012.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>>. Acesso em: 25 maio 2011.

Direito à felicidade

José Veríssimo Neto

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal ; Pós-graduado em Direito Constitucional, Processo Civil e do Trabalho pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Sob a influência das ondas iluministas e do jusnaturalismo racionalista, surgiu o constitucionalismo na modernidade, resultando, inicialmente, no aparecimento das Constituições norte-americana (1787) e francesa (1791). As Constituições Liberais consagram o princípio da separação dos poderes, os direitos individuais e a preeminência da lei, a qual era reconhecida como a protetora das liberdades. A consagração dos direitos sociais apareceu posteriormente, pela primeira vez, na Constituição Federal do México de 1917, assim como na Lei Fundamental Soviética de 1918, que funcionalizou os direitos fundamentais, e na Constituição de Weimar de 1919, que teve maior repercussão universal.

Esclarece BOBBIO (1992, p. 5)¹:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, vale dizer, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

O autor realça que os direitos individuais (negativos) são liberdades e os direitos sociais (positivos) são poderes. A nossa Constituição Federal de 1988 catalogou, em seu art. 6º, os direitos sociais, um verdadeiro piso mínimo normativo, sem o qual a dignidade da pessoa humana não será efetivada, ela apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais.

Recentemente, a Organização das Nações Unidas aprovou Resolução que reconhece a busca da felicidade como um objetivo humano fundamental. Os ventos de lá sopraram na Praça dos Três Poderes em Brasília. Há mais de um ano, o Senador Cristovam Buarque foi o autor da proposta de emenda à Constituição (PEC), que altera o art. 6º da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais. A proposta de emenda não é um trem da alegria, mas sim a PEC da felicidade. No programa de televisão *Mais Você* da Rede Globo, exibido no dia 3 de agosto de 2011, foi informado que projeto no Senado pretendia transformar felicidade em direito social. Não é bem assim; e essa foi a motivação para composição deste artigo.

Atualmente, a felicidade está elevada ao grau constitucional em diversos ordenamentos jurídicos. O Preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos direitos humanos, o qual inclui a felicidade geral. Tal fato é visto também nos art. 13 da Constituição do Japão e art. 10 da Carta da Coreia do Sul; o primeiro determina que todas as pessoas têm direito à busca pela felicidade, desde que isso não interfira no bem-estar público, devendo o Estado, por leis e atos administrativos, empenhar-se na garantia de condições

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

propícias para se atingir a felicidade; o segundo estatui que todos têm direito a alcançar a felicidade, atrelando ao dever do Estado o ato de confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos.

A alteração substancial no *piso mínimo normativo* está na expressão “São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso). Cumpre salientar que a PEC não busca autorizar uma pessoa a requerer do Estado ou de um particular uma providência egoística para benefício próprio. Esse tipo de patologia não é alcançado pela PEC, e sim, a inclusão da felicidade (bem-estar) como objetivo do Estado e direito de todos.

Pergunta-se sobre a existência de possibilidade de definição objetiva da felicidade e se tais critérios objetivos podem, no contexto constitucional, ser entendidos como a inviolabilidade dos direitos de liberdade negativa, como aqueles previstos no art. 5º, além daqueles relacionados no art. 6º, os chamados direitos sociais. Não há dúvida de que o encontro dessas duas espécies de direitos – os de liberdade negativa e os de liberdade positiva – redundam no objetivo da “PEC da felicidade”. Esses direitos são os meios de se alcançar o bem-estar.

No universo do nosso saber, o que os direitos sociais proporcionam aos cidadãos é o bem-estar. O que o distingue da felicidade é o fator tempo e a subjetividade. A felicidade é um estado passageiro de ânimo, enquanto o bem-estar é um estado duradouro de fruição dos direitos sociais. Caetano Veloso é intérprete de uma música que retrata bem a temporalidade da felicidade. Na música composta por Lupicínio Rodrigues, ele diz: “felicidade foi se embora e a saudade no meu peito inda mora”.

As pessoas são felizes nas mais adversas situações. Pessoas com maior grau de renda se dizem mais felizes, ao mesmo tempo, aquele que tem uma pequena renda fixa se diz suficientemente afortunado. O filme *Em busca da felicidade* retrata essa diversidade. Chris Gardner, interpretado pelo ator Will Smith, quer muito um emprego fixo de corretor para que, com este, ele possa ganhar um salário melhor e sustentar seu filho. “A felicidade está nas pequenas

coisas”, e o que importa é o valor e a qualidade que se dá a elas, ou, melhor dizendo, o valor das “coisas” não está no valor das coisas.

Percebe-se que a felicidade é dominada pela subjetividade. Já o bem-estar é permeado de objetividade, por exemplo, a falta de segurança pública não traz bem-estar para ninguém. Além do mais, a felicidade não se impõe, ela pertence à ordem do afeto, o que impede transportá-la para o mundo do direito; segundo o Senador Cristovam Buarque, a mudança vai forçar o Estado a garantir condições mínimas de vida aos cidadãos. Com o devido respeito ao Senador da República, tal sentimento, assim como o amor, não se determina por decreto, por lei ou por sentença, ao contrário do bem-estar, que tem como instrumentos os direitos sociais e que pode e deve ser imposto, até mesmo judicialmente.

A PEC, mesmo após a emenda nº 1, da Comissão de Constituição e Justiça, altera o art. 6º para direcionar os direitos sociais à realização da felicidade individual e coletiva.

O parlamentar Cristovam Buarque justifica a sua proposta afirmando que a busca individual pela felicidade pressupõe a observância da felicidade coletiva e esta se concretiza quando são adequadamente concretizados os direitos sociais. Isso é um engano, pois não há felicidade coletiva, e sim bem-estar coletivo. Trata-se de conceitos diferentes. A felicidade é um sentimento individual tão efêmero como variável, a depender dos valores de cada pessoa. Quem a definiu muito bem foi Abraham Lincoln, para quem esse sentimento é uma decisão. Se uma pessoa decide ser feliz, nada nem ninguém pode impedi-la. Nem mesmo o Estado garante ao outro o direito de ser feliz ou de buscar a felicidade. Só a pessoa garante a si mesma essa possibilidade, o que demonstra ser este um sentimento personalíssimo.

Em tudo e por tudo, a PEC é uma iniciativa válida e merece aplauso por parte do Senador Cristovam Buarque, mas está equivocada na sua redação. Andará bem o Congresso Nacional na mudança da palavra felicidade por bem-estar. Os direitos sociais são condições para o bem-estar. Sua concretização pode impedir uma pessoa de ser infeliz, mas não constitui, de forma alguma, dado essencial para ser feliz. ■

Publicidade da atuação parlamentar: impessoalidade e moralidade

Thiago de Oliveira Costa Pires

Analista do Ministério Público

17ª Promotoria Especializada na Defesa do Patrimônio Público; Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos; Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional

Ao instituir o princípio da publicidade como norma reitora do funcionamento de toda a Administração Pública, a Constituição da República de 1988 impôs aos órgãos e agentes públicos o dever de propalar a sua atuação, adotando mecanismos para que o povo tenha ciência e conhecimento dos atos praticados no âmbito do poder público. Com espreque nesse primado, os investidos em mandatos eletivos vêm destacando a sua atuação no âmbito nacional, estadual ou municipal. É comum depararmos com folhetos, panfletos, jornais, programas televisivos ou sonoros em que os representantes políticos apregoam suas façanhas no exercício de sua função. Apesar da controvérsia gerada por esse método de divulgação, tem-se admitido essa prática sob o argumento de que as parlamentares tornam públicas suas ações e informam a seus eleitores que vem cumprindo o seu mandato de forma íntegra, merecendo o crédito que lhe foi outorgado pelo povo. Diante disso, urge determinar os limites da publicidade estabelecidos pelo próprio texto constitucional, pois é preciso repudiar a imoral utilização dessas divulgações, coibindo-se a propaganda própria, a autopromocional.

De fato o homem público deve prestar conta de sua atuação à população, mas isso não implica em sua ascensão individual, exercendo forte influência no eleitorado, formando opiniões, valendo-se do posto para o qual foi eleito para promover-se para as futuras eleições. Neste ponto, válido destacar o disposto no § 1º do art. 37 da CR/88:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Ora, o rigor desse dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de direção social. Portanto, é inconcebível a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídas *slogans*, nesses gráficos divulgados

pelos representantes políticos, sob pena de caracterizar nítida ascensão pessoal. Os parlamentares, quando assim atuam, violam as exigências éticas que devem modelar e condicionar a atividade política, que só se valida quando observados os princípios da moralidade e da impessoalidade, que traduzem valores constitucionais de observância obrigatória por qualquer agente público.

A atividade parlamentar deve ser divulgada nos estritos limites fixados pelo princípio da impessoalidade, significando que essas divulgações não devem buscar interesses individuais, pessoais, próprios do parlamentar, mas tão somente propalar a sua atuação no cargo eletivo.

Além disso, deve subordinar-se à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, com sinceridade e lisura, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a beneficiá-lo com o seu eleitorado.

Inquestionável, pois, que a publicação da atuação parlamentar realizada pelos detentores de cargo eletivo deve limitar-se à informação de seus atos no exercício do cargo, orientando e prestando conta à população, sem qualquer interesse de ascensão pessoal, sob pena de caracterização da prática de improbidade administrativa.

Merece destaque, ainda, o fato de que a divulgação da atividade parlamentar muitas vezes é custeada pelos cofres públicos, no âmbito da malfadada verba indenizatória, o que implica maior observância aos ditames ético-constitucionais, tendo em vista que além da caracterização de improbidade administrativa poder-se-á configurar responsabilização na seara criminal.

O que até aqui se expôs dispensaria outros argumentos diante dos limites para a divulgação da atividade parlamentar. Todavia, vale a pena ilustrar o assunto com a autoridade das decisões dos tribunais:

Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. (...) O *caput* e o parágrafo 1º do art. 37 da CF impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos *slogans*, que caracterizem promoção pessoal ou de

servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. (RE 191.668, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-2008, Primeira Turma, DJE de 30-5-2008.)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PUBLICIDADE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - AUSÊNCIA DE CARÁTER EDUCACIONAL, INFORMATIVO, OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL - INSERÇÃO DE IMAGEM DE AGENTE PÚBLICO - VIOLAÇÃO DO ART. 37, CAPUT E § 1º DA CR/88 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA - ART. 11, I E 12 DA LEI 8429/92. 1 - Hipótese em que o Apelado, mesmo advertido das vedações legais e morais de sua conduta, deliberadamente determinou o uso de dinheiro público para pagamento de campanha publicitária, sem fim educacional, informativo ou de orientação social, e com a inserção de sua imagem pessoal, o que é expressamente vedado pela Constituição da República, devendo, portanto, arcar com as conseqüências de seus atos lesivos aos valores maiores da Administração Pública. Improbidade administrativa caracterizada 2 - Recurso provido. (TJMG - Recurso 1.0024.02.711082-4/001, Rel. Desemb. Nilson Reis, j. 22/06/2004).

AÇÃO POPULAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade Administrativa - Publicidade com finalidade política de autopromoção - Legitimidade do Ministério Público - O agente político operou com evidente desvio de finalidade - Violação ao princípio da impessoalidade - Legítima a pretensão ao ressarcimento dos cofres públicos - Recurso do Ministério Público provido e recurso do réu não provido. (TJSP - Apelação nº 8364395200 - Rel. Desemb. Magalhães Coelho - j. 13/01/2009).

Resta claro, portanto, que a publicidade da atividade parlamentar deve observar os limites fixados pelos princípios da impessoalidade e moralidade, além de reproduzir, obrigatoriamente, um sentido educativo, informativo ou de orientação social, vedada a vinculação de uma autoridade pública com caráter autopromocional. As publicações que figurem imagens, nomes, símbolos ou *slogans* que valorizam o agente público são imorais e ilegítimas, configurando ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Caso haja na publicação de interesse pessoal o emprego de verba pública, configurar-se-á improbidade administrativa por lesão ao erário, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.429/92. Por fim, válido frisar que além do enquadramento como ato ímprobo, referida prática poderá repercutir na seara penal, administrativa e, até mesmo, eleitoral. ■

Jurisprudência

STJ, 1ª Seção

A demissão de servidor público sem a observância da natureza e da gravidade da infração cometida no Processo Administrativo Disciplinar ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.490 - DF (2011/0201098-0) - IMPETRANTE : SÉRVIO TULIO FREITAS DE ANDRADE. IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA - RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. Data do Julgamento: 14/12/2011. Data da Publicação: 01/02/2012.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INOBSERVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Busca-se com a presente impetração anular ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstanciado na edição da Portaria n. 1665, de 20 de julho de 2011, que demitiu o impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal, após regular processo administrativo instaurado para se apurar conduta irregular que lhe fora atribuída, consistente na omissão em autuar e reter veículo por infração de trânsito (ausência de pagamento do licenciamento anual).

2. Os fatos apurados em relação ao impetrante são baseados em uma única conduta irregular resultante da transgressão do disposto no art. 230, inciso V, da Lei 9.503/90,

e no art. 3º, XLVII, da Portaria n. 1.534/2002/MG, bem como do art. 116, inciso III, da Lei 8.112/90 por não ter atuado e retido veículo quando o condutor não portava a documentação legalmente exigida, sendo que tanto a Comissão Processante, quanto a Corregedoria Regional da 20ª Superintendência da Polícia Rodoviária Federal e a Corregedoria-Geral do Departamento de Polícia Rodoviária Federal chegaram a conclusão de que o impetrante deveria ser penalizado com pena de suspensão, considerando que não houve reiterada atuação ilícita e tampouco obtenção de vantagem pecuniária ou de qualquer outra espécie pelo servidor. Todavia, a autoridade indigitada coatora, apoiada no mesmo contexto fático, acolheu o parecer da Consultoria Jurídica, e discordando dos pareceres anteriormente mencionados, aplicou a pena máxima de demissão respaldada no art. 132, caput, incisos IV e XIII, da Lei 8.112/90, por enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 116, incisos I e III, 117, inciso IX e 132, inciso IV, daquele diploma legal.

3. É certo que a autoridade coatora não está adstrita às conclusões tomadas pela comissão processante, porém, a discordância deve ser devidamente fundamentada em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a prática da infração pelo acusado capaz de ensejar a aplicação daquela penalidade máxima em reprimenda à sua conduta irregular. Todavia, na hipótese dos autos, a autoridade apontada como coatora não indicou qualquer outra evidência fática concreta que justifique a exacerbação da pena de suspensão anteriormente sugerida.

4. Sob esse ângulo, diante da ausência no Processo Administrativo Disciplinar de qualquer menção à prática de outras condutas irregulares que pudessem interferir na convicção de que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes, ou de que o impetrante tenha se valido das atribuições de seu cargo para lograr proveito próprio ou em favor de terceiros ou, ainda, que sua atuação tenha importado lesão aos cofres públicos, a aplicação da pena de demissão mostra-se desprovida de razoabilidade, além de ofender o princípio da proporcionalidade e o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90.

5. Cumpre ressaltar que esta Corte Superior já se posicionou no sentido de que, por se tratar de ato de demissão, não é vedado questionar-se ao Judiciário acerca da legalidade da pena imposta ao servidor público, até porque “em tais circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório” (RMS 25152 / RS, rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 01/09/2011).

6. Segurança concedida, a fim de determinar a reintegração do impetrante ao cargo de Policial Rodoviário Federal, assegurando-lhe o imediato ressarcimento dos vencimentos e demais vantagens desde a data da publicação do ato demissionário.

STJ, 6ª Turma

Não há ilegalidade em ato do Procurador-Geral de Justiça que determina que assessores jurídicos do Ministério Público estadual firmem declaração de não-exercício da advocacia

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.851 - GO (2008/0093142-6) - IMPETRANTE: ROBERTO SERRA DA SILVA MAIA E OUTRO. IMPETRADO: MINISTRO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS - RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data do Julgamento: 13/12/2011. Data da Publicação: 19/11/2011.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ASSESSOR JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INCOMPATIBILIDADE.

1. Não importa em ilegalidade, abuso de poder ou desvio de finalidade o ato do Procurador-Geral de Justiça que determina aos Assessores Jurídicos do Ministério Público Estadual inscritos na OAB que firmem declaração de que

não exercem a advocacia, com base em acórdão do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Consulta nº 12/2005, que decide ser incompatível o exercício da advocacia por servidor do Ministério Público.

2. O rol contido na Lei nº 8.906/94, ainda que taxativo, é dirigido aos advogados, inexistindo óbice a que outras normas, destinadas aos servidores públicos, estabeleçam restrições ou vedações ao exercício da função pública quando concomitante com a advocacia, em obséquio aos princípios que regem a Administração Pública insertos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, notadamente os da moralidade e da eficiência.

3. Recurso improvido.

TJMG, 3ª Câmara Cível Ação popular ambiental é imprescritível

(TJMG; Processo número 2485981-14.2008.8.13.0701; 3ª Câmara Cível; Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula; Julg. 16/02/2012; Publicação 29/02/2012)

DIREITO CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. POSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA PARA DETERMINAR O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO.

O instituto da prescrição é regido pelo princípio da actio nata, ou seja, o curso do prazo prescricional tem início com a efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, momento em que nasce a pretensão a ser deduzida em juízo.

Ação popular é instrumento legítimo para a defesa do meio ambiente, ex vi do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República.

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

Jurisdição Constitucional – Democracia e Direitos Fundamentais Coordenador: Luiz Fux

Coautores: Bruno Vinícius da Rós Bodart, Felipe Derbli, Guilherme Jales Sokal, Gustavo Direito, Luiz Fux, Marcos Paulo Loures Meneses, Valter Shuenquener de Araújo

A obra coordenada pelo ministro Luiz Fux reúne os debates ocorridos no STF durante o ano de 2011 envolvendo temas relevantes, como o julgamento da Lei da Ficha Limpa, a extradição do italiano Cesare Battisti, a legalidade da Marcha da Maconha e o reconhecimento civil da união homoafetiva, entre outros.

Para o coordenador da obra, Ministro Luiz Fux, “o ano de 2011 configurou um período fértil para o Supremo Tribunal Federal, na criação de uma singular doutrina dos casos julgados, mercê de ter rompido a ortodoxia dos pronunciamentos da Corte. Essa alteração do panorama jurisdicional constitucional coincidiu com o meu ingresso na Corte, de sorte que o nosso desafio tornou-se ainda maior”.

FUX, Luiz (Coord.). **Jurisdição Constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 450p.

Artigo:

Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito? Gisele Leite

O artigo trata do neopositivismo, do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, apontando o que há de novo e inédito no Direito. Ainda, propõe a revisitação de valores e a reflexão atenta sobre o direito contemporâneo.

Referência:
LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 10 Abr. 2012. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/237281>. Acesso em: 18 Abr. 2012.

DIREITO COLETIVO

Material e Processual

Artigos

Código florestal brasileiro: reflexões à luz da ciência

Luciano José Alvarenga

Bacharel em Direito (UFMG).

Mestre em Ciências Naturais (Dep. de Geologia, UFOP);

Membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)

Não decorre do acaso a declaração da Constituição da República de 1988 de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo à coletividade e ao Poder Público – expressão que abrange os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*). Trata-se, bem entendido, de um dos pilares do projeto jurídico-constitucional de transformação da realidade brasileira: reverter os processos históricos de devastação dos ecossistemas e de dilapidação da riqueza biológica do País, buscando-se, ao mesmo tempo, a realização da justiça social. A Constituição Republicana e a legislação ambiental pátria trazem consigo manifestações de anseios e a memória de conquistas históricas indisponíveis do povo brasileiro.

Nesse conjunto de normas, a Lei Federal nº 4.771/65, mais conhecida como *Código Florestal*, ocupa posição de destaque. As exigências atinentes às Áreas de Preservação Permanente (APPs) e às de reserva legal, ambas consideradas estratégicas para a proteção dos recursos naturais do País, especialmente da sua diversidade biológica, estão previstas e configuradas nesse Código.

Nos últimos dez anos, entretanto, não raramente têm vindo à tona o já renitente conflito entre o setor ruralista, de um lado, e atores, grupos sociais e movimentos ambientalistas, de outro, no que concerne à pertinência e à amplitude das obrigações atualmente estabelecidas no Código Florestal.

Na maioria das vezes, os debates envolvem argumentos contraditórios, sem fundamentos consistentes e, no caso dos ruralistas, claramente comprometidos com interesses setoriais.

Ante os dilemas que essas discussões suscitam e da não rara ausência de argumentos fidedignos, vê-se na ciência um referencial crítico importante para uma análise criteriosa, ponderada e consistente da questão. Com essa perspectiva, cabe trazer à tona o fato de que estudos recentes, desenvolvidos por pesquisadores e Universidades com legitimidade perante a comunidade científica nacional e internacional, não apenas reafirmam a pertinência das exigências atualmente fixadas no Código Florestal, como também recomendam sua ampliação em alguns casos, tendo em vista a efetiva conservação dos recursos naturais, especialmente da biodiversidade.

Pode-se citar, como exemplo, estudo realizado em 2001 por Manoel Cláudio da Silva Júnior, professor da Universidade de Brasília (UnB), que demonstrou a insuficiência de APPs com 30m de extensão, correspondentes a três córregos com até 10m de largura localizados na Reserva Ecológica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para a preservação da diversidade arbórea e da circulação hídrica *in situ*. Em 2004, Sylvia Therese Meyer e coautores publicaram os resultados de um trabalho similar, em que investigaram a composição de uma floresta de galeria localizada no Parque Estadual do Rola Moça, Região Metropolitana de Belo Horizonte. Os pesquisadores constataram que a maior diversidade florística se encontrava em áreas não protegidas pelas atuais metragens das APPs. Diante disso, os estudiosos sugeriram a realização de estudos detalhados sobre a possível funcionalidade de APPs mais largas, tendo em vista a efetiva preservação da flora e da fauna que com ela interage. Tanto o estudo de Silva

Júnior como o empreendido por Meyer e coautores não apenas sustentam as atuais dimensões das APPs relativas a pequenos cursos d'água, mas sugerem a ampliação dessas metragens, a fim de que a diversidade florística e os recursos hídricos sejam efetivamente preservados.

Recentemente, Gerd Spavorek e coautores responderam cientificamente questões-chave a respeito da Lei nº 4.771/65 e de sua atual relevância socioecológica para o Brasil. “O Código Florestal é necessário para a proteção da vegetação natural no Brasil?”, “É necessário revisar o Código Florestal para permitir o desenvolvimento do setor agropecuário?” – indagaram os pesquisadores. As respostas obtidas, que integram o projeto *Agricultural Land Use and Expansion Model*, desenvolvido no âmbito da Universidade de São Paulo (USP), são contundentes: (1) o Código Florestal é o principal mecanismo de conservação de recursos naturais em escala nacional; (2) a agropecuária definitivamente não precisa de novas terras para se desenvolver. A agricultura pode se expandir ocupando terras de elevada aptidão agrícola, onde hoje se pratica a pecuária extensiva. Ao mesmo tempo, a pecuária deve ser intensificada, para obter ganhos de produtividade com menor demanda de terras. A esse respeito, os estudiosos fizeram uma ponderação importante: “Sem que seja criado um fato novo, um gatilho que desencadeie uma nova forma das coisas acontecerem, o processo de intensificação da pecuária, absolutamente necessário para resolver o problema de conservação da vegetação natural no Brasil, provavelmente não irá acontecer”.

Aprofundando trabalho publicado na revista *Ciência Hoje*, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), em 2002, Jean Paul Metzger, professor do Departamento de Ecologia da USP, encarou recentemente o desafio de entender se os avanços da ciência nos últimos 45 anos permitem sustentar o Código Florestal, bem como as modificações nele introduzidas ao longo do tempo. Com apoio em conhecimentos cientificamente atualizados, Metzger apresenta uma conclusão categórica: “Contrariamente ao que se tem dito, o estado das pesquisas atuais oferece forte sustentação para critérios e parâmetros definidos pelo Código Florestal, sendo que em alguns casos haveria necessidade de expansão da área de conservação definida por esses critérios, em particular na definição das Áreas de Preservação Permanente” (na linha das conclusões de Silva Júnior e de Meyer *et al.*). Adicionalmente, o estudioso pondera que “as recentes propostas de alteração deste Código, em particular alterando a extensão ou as regras de uso das Reservas Legais, podem trazer graves prejuízos ao patrimônio biológico e genético brasileiro”. Por isso, alerta que o acervo de conhecimentos científicos sobre recursos naturais deveria ser considerado como um *a priori* em quaisquer discussões sobre modificação do Código Florestal e sobre o uso dos diferentes tipos de ambientes naturais.

Todas essas investigações embasam, enfim, o posicionamento da SBPC e da Academia Brasileira de Ciências (ABC) ante os debates em voga a respeito da Lei Florestal: qualquer revisão, ainda que tendente ao seu aperfeiçoamento, deve ser conduzida à luz da ciência, observando-se “parâmetros que atendam a multi-funcionalidade das paisagens brasileiras, compatibilizando produção e conservação como sustentáculos de um novo modelo de econômico que priorize a sustentabilidade”. Para a SBPC e a ABC, decisões baseadas em interesses setoriais comprometerão, de forma irreversível, os ecossistemas e os relevantes serviços socioambientais que eles desempenham à sociedade brasileira.

À luz do princípio constitucional da transformação social (CRFB, art. 3º), a atual legislação ambiental brasileira tem um escopo político-econômico estratégico para o desenvolvimento do País: reverter os processos de devastação, fragmentação e descaracterização, que remontam ao Brasil-Colônia, dos riquíssimos ecossistemas e biomas que constituem a *Terra Brasilis*. Como bem apreendeu e advertiu o historiador político José Augusto Pádua: “O que pode ser considerado lógico no contexto de uma colônia de exploração não deve sê-lo no processo de construção de uma verdadeira nação. Este último requer uma nova lógica, fundada no cuidado e na conservação das bases ecológicas, sociais e culturais da existência coletiva, mesmo que isso signifique mais trabalho, mais estudo e a aceitação de critérios menos imediatistas e superficiais para avaliar o progresso econômico”. Embora carente de aperfeiçoamentos em pontos específicos, o Código Florestal vigente é considerado pela ciência um instrumento de grande relevância para dar vida à “nova lógica” de desenvolvimento a que se refere Pádua, bem assim ao direito a um ambiente digno, belo e saudável para todos. ■

Referências Bibliográficas

METZGER, Jean Paul. Bases biológicas para a ‘reserva legal’. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 183, p. 48-49, jun. 2002.

METZGER, Jean Paul. O Código Florestal tem base científica? *Natureza & Conservação*, n. 8, p. 1-5, 2010. Disponível em: <<http://quiprona.files.wordpress.com/2010/08/o-codigo-florestal-tem-base-cientifica.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

MEYER, Sylvia Therese *et al.* Composição florística da vegetação arbórea de um trecho de floresta de galeria do Parque Estadual do Rola Moça na Região Metropolitana de Belo Horizonte, *Acta Bot. Bras.*, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 701-709, out./dez. 2004.

PÁDUA, José Augusto. **A herança predatória e sua superação**. Disponível em: <<http://brasilsustentavel.org.br/downloads.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2008.

SILVA JÚNIOR, Manoel Cláudio da. Comparação entre matas de galeria no Distrito Federal e a efetividade do Código Florestal na proteção de sua diversidade arbórea. **Acta Bot. Bras.**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 139-146, jan./abr. 2001.

SPAVOREK, Gerd *et al.* **Considerações sobre o Código Florestal brasileiro**. Disponível em: <http://www.imaflora.org/upload/repositorio/gerdspavorek_CF_junho.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2010.

SBPC. **SBPC e ABC manifestam preocupação com mudanças propostas ao Código Florestal**. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=71929>>. Acesso em: 8 ago. 2010.

Illegalidade da inserção dos 10% e do *couvert* artístico nas contas destinadas aos consumidores

Carlos Alberto Rocha

Oficial do Ministério Público

É sabido que muitos estabelecimentos comerciais (bares, restaurante e similares) têm o costume de inserir a denominada “taxa de serviço” (10%) e o *couvert* artístico nas contas destinadas aos consumidores. Contudo, tal prática não encontra guarida no ordenamento pátrio e, ao revés, é contrária aos ditames consumeristas, como se verá a seguir.

Com efeito, destaque-se desde logo que não há em nosso ordenamento jurídico nenhuma legislação que legitime a cobrança da “taxa de 10%” e do *couvert* artístico, de modo que qualquer atitude de “obrigar” os consumidores a pagar os valores respectivos representa afronta à Carta Magna, especialmente ao art. 5º, II CF/88 que preconiza o seguinte: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Todavia, tal constatação não tem impedido que os fornecedores (no caso os donos de bares, restaurantes e similares) se abstenham de cobrar as aludidas quantias, pois a primeira alegação que fazem é no sentido de que não há obrigatoriedade no pagamento.

De qualquer forma, ainda que não haja compulsoriedade, o simples fato de incluir os referidos valores, seja dos 10%, seja do *couvert*, é prática ofensiva aos baluartes do sistema consumerista.

A propósito, é importante delimitar que a denominada “gorjeta”, maquiada com a denominação de “taxa de 10%”, tem natureza jurídica de doação, a teor do art. 538 e 540, ambos do Código Civil que dispõem:

Art. 538: Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu

patrimônio bens ou vantagens para o de outra (...)¹

Art. 540: A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto;

Assim, diante do cerne do instituto em apreço (doação), qual seja, a liberalidade, é nítido que tal intenção deve partir exclusivamente do doador, não podendo haver iniciativa da parte contrária, no caso o fornecedor. Se assim não for, o consumidor/doador não estará exercendo a sua “liberdade” de doar, apesar de haver expressa previsão nesse sentido (“por mera liberalidade”).

E mais, quem falou que a liberalidade do consumidor/doador deve ser previamente estipulada pelo fornecedor no patamar costumeiramente cobrado (10%)? Ora, por se tratar de doação, a intenção deverá partir do doador e o valor (ou percentual) a ser doado deverá ser estipulado pelo mesmo, no patamar que achar devido. Aliás, assim deve ser compreendido o termo jurídico “liberalidade”.

Ad conclusam, a análise da natureza jurídica da doação, por si só, impede a inclusão da taxa de 10% nas contas dos consumidores.

Noutro giro, é oportuno ressaltar que as disposições constantes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), especialmente do art. 457 da CLT¹, não têm o condão de caracterizar a gorjeta como um elemento obrigatório, uma vez que uma exegese mais profunda permite concluir que o objetivo deste dispositivo (interpretação teleológica) é tão-somente integrar a gorjeta ao salário do empregado para os efeitos legais, e não estipular uma obrigação ao consumidor.

¹ “Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Se não bastasse toda a argumentação acima exposta, analisando a inclusão dos “10%” nas contas dos consumidores frente às normas consumeristas (objetivo principal das curadorias do consumidor), revela-se definitivamente descabida a tese contrária de que não havendo obrigação ao pagamento (uma vez que qualificam tal percentual de “facultativo”), a referida inclusão se tornaria lícita. É que, se o produto constar do cardápio pelo fictício preço de R\$ 10,00 (dez reais), ao final, será cobrado do consumidor o valor de R\$ 11,00 (onze reais), ou seja, valor do produto (R\$10,00) mais a taxa de 10% (R\$1,00). Assim, o preço exposto no cardápio será divergente do valor efetivamente cobrado, revelando uma elevação de preço em desfavor dos consumidores.

Nesse passo, é de rigor afirmar que a simples inclusão dos “10%” nas contas dos consumidores é considerada uma prática abusiva, pois é uma forma indireta de elevar os preços dos produtos sem justa causa. A propósito:

Art. 39 CDC: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

Lado outro, especificamente quanto ao *couvert* artístico, é de se destacar que a contratação se dá exclusivamente entre fornecedor e artista, não sendo possível o pagamento do preço por parte do consumidor. Ora, é sabido que um barzinho que apresente o diferencial da “música ao vivo”, na grande maioria das vezes, terá muito mais clientes do que aquele regado ao som mecânico, o que certamente trará recursos (em muitas superiores) para o adimplemento do artista.

Nesse passo, a inclusão dos “10%” ou do “*couvert* artístico” nas contas dos consumidores, ainda que de modo opcional, constrange o consumidor a solicitar a retirada do referido percentual de sua conta caso não tenha interesse no adimplemento, o que é inaceitável diante das normas consumeristas. Em outras palavras: (a) quando o consumidor não for bem atendido e não quiser “doar” qualquer quantia ou tiver interesse em pagar percentual inferior ao previamente estipulado; ou (b) quando não ficar satisfeito com o trabalho desenvolvido pelo artista contratado, os valores inclusos serão motivos de constrangimento, sendo, portanto, totalmente contrários aos pilares estruturais da proteção ao vulnerável/consumidor.

Além disso, alegar que tais valores são cobrados para pagamento dos garçons (ou quaisquer outros funcionários) ou do artista somente reforça a lesão ao Código Consumerista, sendo inaceitável que o fornecedor contrate os garçons e os artistas e transfira a sua responsabilidade

de adimplemento aos consumidores. Veja: com a inclusão dos valores, o consumidor é chamado (ainda que de modo facultativo, frise-se) a pagar funcionários que não tem qualquer vínculo empregatício consigo. Nessa esteira, a conclusão que se extrai é que a inclusão dos referidos valores nas contas dos consumidores nada mais é do que uma forma descarada de abusividade em favor do fornecedor. Nesse ponto, cumpre trazer à baila as disposições do art. 51 do Estatuto de Defesa do Consumidor, a seguir

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade.

Assim, diante da configuração da abusividade do fornecedor em detrimento do consumidor, lesionado está um direito básico garantido:

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Na verdade, os famosos 10% e valores do *couvert* artístico caracterizam-se, juridicamente, como “*costume contra legem*”, os quais devem ser aliçados pelo Poder Público, especialmente, pelos Órgãos de Proteção ao Consumidor. A propósito, lecionam respeitáveis doutrinadores que “*costume contra legem* é quando a aplicação dos costumes contraria o que dispõe a lei” (TARTUCE, p. 55); “Da mesma forma que em outros ramos do Direito, também no Direito Processual Civil o *costume contra legem*, isto é, contrário à lei, não pode ser admitido como fonte do Direito” (CÂMARA, p. 20); “*contra legem*: são aqueles que contrariam a lei. Em outras palavras, o costume passa a considerar a lei revogada. Lembre-se, contudo, que o costume, apesar da classificação esboçada, não tem o condão de revogar dispositivos legais” (TÁVORA e ALENCAR, p. 40).

Conclui-se, portanto, diante dos princípios inspiradores do Código de Defesa do Consumidor (CDC), não poder subsistir, ainda que de modo opcional, a inclusão de quaisquer valores adicionais além dos produtos a serem fornecidos. Ademais, à luz da presunção de vulnerabilidade do consumidor não há como se aceitar o constrangimento dos consumidores de

“pedir o abatimento” daqueles serviços quando não tiverem interesse em adimplir com tais obrigações. Imagine-se, somente para exemplificar o tamanho do constrangimento, se o consumidor chamasse o garçom, o qual seria o suposto beneficiário dos 10%, e pedisse que fosse emitida nova conta sem o referido percentual. Ou seja, estaria o consumidor dizendo para o próprio beneficiário do percentual: “não tenho interesse em te pagar”. Assim, seria prudente esse mesmo consumidor retornar naquele específico estabelecimento? Acredito que, se houvesse tal retorno, estaria o consumidor condenado a ter uma péssima prestação do serviço ou, ainda, ter os produtos “sabotados” no interregno entre a cozinha e a efetiva disponibilização para consumo, além de entrar no estabelecimento taxado de “mão-de-vaca”.

Destarte, não há que se permitir tais inclusões dos 10% e *couvert*, ainda que de forma facultativa, cabendo ao fornecedor embutir nos produtos todos os gastos

decorrentes da prestação de serviço, pois se o consumidor achar os produtos acima do preço terá a discricionariedade de procurar outro estabelecimento, sem qualquer constrangimento. ■

Referências Bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, p. 20.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. V. 1. 6 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 55.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Jus Podium. 2010. p. 40.

Jurisprudência

STJ, 2ª Turma

De acordo com uma interpretação da legislação mais favorável e protetora do patrimônio histórico-cultural não se pode fazer construções que impeçam ou reduzam a visibilidade de coisa tombada sem a autorização do Iphan

(STJ; REsp 1.127.633; Proc. 2009/0136547-0; DF; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 23/03/2010; DJE 28/02/2012)

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. PLANO PILOTO. PUBLICIDADE ABUSIVA. FIXAÇÃO DE PAINEL LUMINOSO SEM AUTORIZAÇÃO DO IPHAN. CONCEITO DE DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. ARTS. 17 E 18 DO DECRETO-LEI Nº 25/1937. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. PUBLICIDADE ABUSIVA. ART. 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, em que o Distrito Federal e a empresa recorrente foram condenados a proceder à remoção de painel luminoso instalado sobre área residencial arborizada do Plano Piloto, bem como à recomposição do gramado e ao plantio de três árvores que foram suprimidas.

2. A legislação do patrimônio histórico-cultural deve ser interpretada da forma que lhe seja mais favorável e protetora. De acordo com entendimento do STJ, o tombamento do Plano Piloto alcança todo seu conjunto urbanístico e paisagístico.

3. Sem a prévia autorização do Iphan, “não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construções que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto” (artigo 18 do Decreto-Lei nº 25/1937).

4. O mencionado artigo é claro ao exigir autorização do Iphan para a colocação de anúncios na coisa tombada. Na hipótese dos autos, inexistiu tal anuência, o que basta para tornar ilegal a conduta da recorrente.

5. No campo jurídico do tombamento, o conceito de dano não se restringe ou se resume a simples lesão física (desfiguradora e estrutural) ao bem protegido, pois inclui agressões difusas e até interferências fugazes nele mesmo, no conjunto e no seu entorno (= dano indireto), que arranhem ou alterem os valores globais intangíveis, as características, as funções, a estética e a harmonia, o bucólico ou a visibilidade das suas várias dimensões que justificaram a especial salvaguarda legal e administrativa.

6. *In casu*, a conduta irregular da empresa foi mais além, por ter acarretado danos à vegetação do local, mormente pela supressão de árvores, em flagrante desrespeito à norma do art. 17, que veda em absoluto a destruição e a mutilação do bem tombado.

7. Recurso Especial não provido.

STJ, 3ª Turma

Banco é condenado a pagar indenização por dano moral coletivo ao dificultar acesso a caixa preferencial

(STJ; REsp 1.221.756; Proc. 2010/0197076-6; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Massami Uyeda; Julgamento 02/02/2012; DJE 10/02/2012)

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É

preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea “c” quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido.

TJMG, 5ª Câmara Cível

Presunção de legitimidade dos relatórios dos órgãos ambientais garante medida urgente aplicada em transportador de carvão vegetal com documentos ideologicamente falsos

(TJMG; Agravo de instrumento nº 0505293-71.2011.8.13.0000; 5ª Câmara Cível; Rel. Des(a). Áurea Brasil; Julg. 24/11/2011; DJE 12/01/2012)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - “MÁFIA DO CARVÃO” - LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DE CAMINHÃO - VEDAÇÃO DO USO DO VEÍCULO PARA TRANSPORTE DE LENHA E CARVÃO, MESMO COM O RESPECTIVO DOF - POSSIBILIDADE - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS RELATÓRIOS CONFECCIONADOS PELOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS - AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA A PATENTEAR A DESCONFORMIDADE DOS DOCUMENTOS COM A REALIDADE DOS FATOS - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A simples alegação de que não há, nos autos, prova cabal de que estaria transportando carvão vegetal com do-

mentos ideologicamente falsos, sendo imprescindível a dilação probatória antes da concessão da liminar, não conduz ao sobrestamento da medida urgente aplicada, uma vez que, gozando os relatórios dos órgãos ambientais de presunção de legitimidade, sua suspensão, de plano, só seria admissível mediante apresentação de elementos de prova inequívoca, a apontar a desconformidade dos documentos com a realidade dos fatos - ônus do qual a recorrente não se desincumbiu.

2. A indisponibilidade patrimonial decretada liminarmente impede apenas que o veículo seja alienado pelo recorrente, com vistas a garantir eventual reparação dos danos ambientais supostamente causados, caso a ação seja, alfim, julgada procedente. Lado outro, o óbice imposto pela decisão limita-se somente ao transporte de lenha e carvão, o que não inviabiliza a realização de transporte de outros produtos no automotor.

3. Recurso não provido.

TJMG, 4ª Câmara Cível

Tribunal confirma liminar inaudita contra Estado a fim de preservar patrimônio cultural

(TJMG; AGIN 0510998-50.2011.8.13.0000; Patrocínio; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Darcio Lopardi Mendes; Julg. 12/01/2012; DJEMG 30/01/2012)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRESERVAÇÃO DE IMÓVEL URBANO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL - LIMINAR - PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA - DECISÃO MANTIDA.

Para a concessão da medida liminar, devem concorrer concomitantemente dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. - Presentes os requisitos da medida liminar, deve ser mantida a decisão que visa impedir qualquer modificação na estrutura interna e externa do bem imóvel, a não ser para o fim de recuperação, preservando, assim, o patrimônio histórico cultural.

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

Estudos de Direito do Patrimônio Cultural José Eduardo Ramos Rodrigues e Marcos Paulo de Souza Miranda

Autores: José Eduardo Ramos Rodrigues e Marcos Paulo de Souza Miranda

“Em tempos mais recentes, a tutela jurídica do patrimônio cultural ganhou espaço nas constituições das mais diferentes nações, e normas complementares de direito interno ou comunitário surgiram em número expressivo com o intuito de tutelar o uso, fruição, intercâmbio, preservação e gestão dos bens culturais.

No Brasil, ante as mudanças sociais e econômicas da última década e os conflitos instaurados em razão do fortalecimento da cidadania e da implantação de políticas públicas voltadas para a preservação dos legados cultu-

rais, surgiu a necessidade do estudo específico sobre um domínio antes pouco explorado.

Assim nasceu o Direito do Patrimônio Cultural Brasileiro, que nesta obra é abordado em 16 capítulos que tratam, de maneira aprofundada, dos mais importantes e atuais temas que desafiam os estudiosos e operadores do direito que militam na área.”

Referência:

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos do Direito do Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Forum, 2012. 349p.

Artigo:

O Direito Ambiental, Urbanístico, Processual e Penal no combate à poluição sonora Waldeck Fachinelli Cavalcante

O autor apresenta instrumentos de política urbana para o combate à poluição sonora e faz uma análise do poder de polícia ambiental. Aborda também a ação civil pública e a ação popular como meios eficazes de combate. Por fim, conclui que, conforme estatuído em ampla legislação, poluição sonora é crime, mas falta ação do Poder Público para a cautela desse bem ambiental.

Referência: CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. Direito Ambiental e poluição sonora. O Direito Ambiental, Urbanístico, Processual e Penal no combate à poluição sonora. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3195, 31 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21408>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

DIREITO PENAL

Material e Processual

Artigos

Da desnecessidade de lavratura de auto de prisão em flagrante delito para crimes punidos com pena não superior a quatro anos em razão da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011

Marcelo Fernandes dos Santos

Promotor de Justiça de Minas Gerais e Professor de Direito da Unifenas

A pessoa que perpetra uma infração penal e é surpreendida pelos agentes da Segurança Pública ou por qualquer um do povo nas hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal é presa em flagrante delito.

Com isso, o agente deverá ser encaminhado à presença da autoridade policial competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Mirabete ensina:

Efetuada a prisão em flagrante, o preso deve ser apresentado à autoridade competente para que seja procedida a sua autuação em flagrante delito. Em regra, a autoridade competente é a autoridade policial, no exercício de uma das funções primordiais da polícia judiciária. (MIRABETE, 2002, p. 758)

Antes da vigência da Lei nº 12.403/2011, o ordenamento jurídico previa a prisão em flagrante delito como espécie de restrição da liberdade de natureza processual.

Capez (1997, p. 199) leciona:

Prisão sem pena ou prisão processual: é a prisão cautelar, também conhecida como prisão provisória; inclui a prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), a prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316), a prisão resultante da pronúncia (CPP, arts. 282 e 408, § 1º), a prisão resultante de sentença penal condenatória não transitada em julgado (CPP, art. 393, I) e a prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/1989). (CAPEZ, 1997, p.199)

No entanto, em razão da entrada em vigor da aludida norma, não existe mais a figura da prisão processual em flagrante delito, porquanto o juiz, ao ser comunicado da prisão de alguém, se verificar a presença dos requisitos e dos pressupostos exigidos em lei, deverá converter a prisão em flagrante delito em preventiva.

Prevê a nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal:

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou [...].

Ocorre que a nova lei trouxe disposição no sentido de que somente será cabível a prisão preventiva para os crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos.

O art. 313 do Código de Processo Penal passou a determinar que: “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos [...].”

Dessa maneira, as pessoas que cometerem infrações penais punidas com penas máximas não superiores a quatro anos não poderão ter contra si a prisão preventiva decretada.

Assim sendo, se a prisão processual não puder ser decretada, não produzirá nenhum efeito a autuação do agente em flagrante delito feita pela autoridade policial.

Com a lavratura do auto de prisão em flagrante, haverá apenas desdobramentos desnecessários, os quais não

produzirão resultados, apenas transtornos e gastos.

O agente será recolhido ao cárcere, porém, será colocado em liberdade em menos de 24 horas, já que este é o prazo previsto para que o juiz competente seja comunicado da prisão em flagrante, nos termos do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, e o magistrado deverá conceder a liberdade provisória ao agente, porquanto ausente requisito para a decretação da prisão preventiva.

Frisa-se que a restrição da liberdade da pessoa acontecerá, mas se sabe de antemão que ela não permanecerá presa. Por conseguinte, a autuação em flagrante causará um vilipêndio ao direito de locomoção, o qual merece ser protegido, já que se afirma ser o mais importante direito de segurança pessoal.

Ferreira Filho preleciona:

[...] dos direitos relativos à segurança pessoal o mais importante é o que enumera o art. 5º, LXI. Nele firmemente se resguarda a liberdade pessoal ao se proibirem as prisões, a não ser 'em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente...'. Impede-se, assim, o arbítrio a sacrificar imotivadamente a liberdade individual. [...]
(FERREIRA FILHO, 1995, p. 201)

Na referida situação haverá dispêndio de pessoal e material para a confecção do auto de prisão em flagrante delito, e as partes envolvidas permanecerão na delegacia de polícia por certo tempo, contudo, as manifestações da vítima e das testemunhas não serão analisadas naquela oportunidade.

A autoridade policial, não lavrando o auto de prisão em flagrante delito de agentes que cometerem crimes punidos com pena máxima não superior a quatro anos, em razão destes desdobramentos sem efetividade, estar-se-á posicionando em consonância com o princípio constitucional da eficiência, consagrado no art. 37, *caput*, da Carta Magna, o qual impõe que os agentes públicos somente realizem atos administrativos de interesse geral, que produzam efeitos e que não gerem gastos desnecessários.

Moraes ministra:

Assim, *princípio da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio de exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos,

de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. (MORAES, 2000, p. 303)

Em nosso ordenamento jurídico vige o princípio da obrigatoriedade, o qual determina que a autoridade policial está compelida a lavrar o auto de prisão em flagrante se o autor de uma infração penal lhe for apresentado e estiverem presentes as hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal.

Mirabete (2002, p. 739-740) prescreve:

Sendo o autor da infração detido em qualquer das hipóteses em que a lei considera como de flagrante delito, e estando presentes os pressupostos legais, a autoridade policial está obrigada à lavratura do competente auto de prisão. Vige na hipótese o *princípio da obrigatoriedade* ou da *ilegalidade* da ação penal (item 24.3), implícito quanto à prisão em flagrante diante do disposto nos arts. 5º, I, 6º e 8º, em relação ao art. 24. (MIRABETE, 2002, p. 739-740)

Todavia, ante a inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.403/2011, pode-se afirmar que houve relativização desse princípio, porquanto a autuação em flagrante de agentes que cometerem crimes punidos com pena máxima não superior a quatro anos não produzirá efeito algum.

Destarte, apresentado um agente preso por uma infração penal punida com pena máxima não superior a quatro anos, a Autoridade Policial poderá apenas receber a ocorrência policial com a descrição completa dos acontecimentos e a identificação das partes e dispensar a todos, já que a oitiva da vítima, do autor e das testemunhas e as demais provas permitidas serão produzidas no inquérito policial.

Adotando-se esse entendimento, o direito individual da pessoa estará resguardado e o princípio constitucional da eficiência será preservado.

Referências Bibliográficas

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a EC nº 24/99. São Paulo: Atlas, 2000. ■

O delito de violação de direitos autorais (art. 184, § 2º, do Código Penal) e a criminalização do consumidor final adquirente – duas faces da mesma moeda?

Vinicius de Souza Chaves

Promotor de Justiça Criminal da Comarca de Governador Valadares e Secretário das Promotorias Ex-Delegado de Polícia do Rio Grande do Sul

A realidade do que encontramos num pequeno caminhar pelas ruas de nossas Comarcas leva-nos a refletir sobre o título deste brevíssimo artigo jurídico: a questão da pirataria generalizada de fonogramas e videofonogramas. O fato mais intrigante para nós não é o delito do artigo 184 do Código Penal (CP) em si, mas a opção legislativa de inseri-lo entre os crimes de ação penal pública incondicionada, além da reflexão sobre se a conduta do adquirente do CD ou DVD pirata é ou não crime, e, se afirmativo, qual seria.

A começar pela última colocação, vale observar que raríssimos são os casos de cidadãos que são conduzidos ou autuados em flagrante delito pelas autoridades de Polícia Judiciária quando ocorrem a compra ou a aquisição de CDs e/ou DVDs falsificados.

A explicação para tal fenômeno policialesco é simples: as Polícias Civil e Militar, quando atuam na repressão do delito com base no art. 184, § 2º, do Código Penal, optam, dentro do *princípio da oportunidade policial*¹, pela conduta do agente que *expõe à venda* as obras falsificadas, e não pela de quem efetivamente vende, aluga, introduz no país, adquire, e/ou oculta os fonogramas e videofonogramas.

Neste momento, a maior parte dos sujeitos ativos envolvidos na infração penal é a dos que compõem o terceiro setor: prestadores de serviço autônomos ou trabalhadores eventuais que, ante o desemprego e, devido à não obtenção de carteira de trabalho assinada, fazem “bicos” e trabalhos esporádicos como forma de sobrevivência.

¹ Tal princípio faz parte da teoria da abordagem policial, também chamada pelas Academias de Polícia de POP: Prática de Operações Policiais. Trata-se da abordagem do agente infrator dentro das circunstâncias e das possibilidades de obtenção de êxito na realização do flagrante e da obtenção de provas: abordá-lo quando há superioridade numérica de policiais; quando o agente perfaz o tipo penal sem dúvidas da prática do delito ou retardá-lo quando será possível prender mais de um agente ou mais produtos e instrumentos do crime. Tal princípio veio positivado, no entanto, sob o *nomen iuris* de “ação controlada”, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95: “Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I - (Vetado); II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.”.

Assim, desde a mera exposição até o momento da venda, não há a figura do consumidor adquirente.

Então surge a indagação sobre o que acontece com o agente se ele for pego em flagrante, no exato momento em que vende o produto falsificado, e com o consumidor, quando acaba de efetuar o pagamento.

Não há dúvidas de que o vendedor encaixa-se no tipo penal do art. 184, § 2º, do CP, já que possui intuito de lucro direto (para si próprio) ou indireto (repassa de parte do dinheiro obtido com a venda ao “pirateador”²), oriundo da violação do direito autoral, sem a expressa autorização dos seus titulares ou de quem os represente.

Quanto ao consumidor, podemos observar sua configuração como um indiferente penal e, quando muito, a dificuldade de enquadrá-lo nos arts. 184, § 2º, ou no art. 180, ambos do Código Penal.

Primeiramente, o consumidor como adquirente final (como é o caso da dona de casa que adquire para os filhos pequenos um DVD falsificado), via de regra, não tem intuito nenhum de lucro, seja direto ou indireto. Em segundo lugar, o intuito indireto é de difícil percepção pela autoridade policial ao se elaborar o auto de prisão em flagrante delito. Isto porque o consumidor que adquire um DVD para expor aos seus clientes, em seu restaurante ou bar com música ao vivo, não revela à autoridade policial tal circunstância, de modo que, por não ter essa autoridade o poder da adivinhação, o adquirente consumidor não chega sequer a ser autuado.

Quanto ao delito de receptação, os demais desavisados intérpretes do direito penal não hesitariam em classificar tal conduta como típica, própria dessa ação, visto que, para estes, o agente estaria adquirindo, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime.

Data maxima venia, a premissa é absolutamente equivocada. Ao intérprete não é dado olvidar que produto do crime não se confunde com objeto material da conduta. O produto do crime é perdido, é confiscado, como regra, em favor da União e representa tudo aquilo que o agente delitivo obtém financeiramente com a prática da infração

² Tal qual a obra de Amaury Júnior, a “Privataria Tucana”, na qual se formou um hibridismo das palavras pirataria com “privatização”, o “pirateador”, via de regra, é quem falsifica a obra intelectual em laboratórios de mídia, com gravadores, computadores, etc., vendendo os fonogramas e videofonogramas aos expositores ambulantes, de sorte que falsifica, “pirateia” e os vende na cadeia primária; portanto, pirateador.

penal. Já o objeto material da conduta é tudo aquilo sobre o qual recai a conduta delitativa. Nos dizeres do mestre Damásio de Jesus:

[...] objeto material é a pessoa ou coisa sobre que recai a conduta do sujeito ativo, como o homem vivo no homicídio, a coisa no furto, o documento na falsificação. Às vezes, o sujeito passivo coincide com o objeto material. É o que ocorre no homicídio, em que o homem é o titular do objeto jurídico e, ao mesmo tempo, objeto material sobre o qual a ação incide materialmente. (JESUS, 1997, p. 177).

Enquanto que, para Roberto Lyra, o maior promotor de Justiça da história brasileira,

‘Produtos do crime’ ou *producta sceleris* são as coisas adquiridas diretamente com o delito (coisa roubada) ou mediante sucessiva especificação (jóia feita com o ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o crime (moeda falsa). (LYRA, 1958, v. 2, p. 553).

Então, feita a digressão acima, é inequívoco que o produto do crime é o resultado obtido com a falsificação, qual seja, o dinheiro obtido com a venda, enquanto que o CD e o DVD falsificados, em si, são objetos materiais da conduta do delito do art. 184, § 2º, do Código Penal. Como o consumidor, final ou não, adquire o fonograma ou o videofonograma e não o dinheiro de sua venda, não há como equipará-lo ao receptor.

A lição acima é, muitas vezes, de difícil visualização, pois da mesma forma que o usuário está para o traficante e o receptor está para o larápio, o adquirente deveria estar para quem viola o direito autoral. Há outra objeção para a colocação do adquirente como receptor: é que o adquirente seria punido com dosimetria quase igual àquela que deve sofrer o violador dos direitos autorais, qual seja, pena de reclusão de um a quatro anos e multa; enquanto o receptor a reclusão de dois a quatro anos e multa.

O fato é que, a nosso ver, o tipo penal do art. 184, § 2º, do Código Penal deveria ser objeto de queixa, tal qual o é o *caput*, nos termos do art. 186 do Código Penal, com as modificações da Lei nº 10.695/2003.

Não faz mais sentido que o Ministério Público sirva de instrumento indireto de repressão à violação dos direitos autorais quando seus autores possuem, inclusive *ex lege*, escritórios centrais para arrecadação e execução de tais direitos³.

³ Art. 99 da Lei nº 9.610/98: “As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.”.

Vale salientar que tais escritórios possuem a prerrogativa, inclusive, de manter fiscais visando à preservação dos direitos autorais (art. 99, § 4º, da Lei nº 9.610/98), de sorte que, com mais razão, devem representar os autores prejudicados por intermédio de ajuizamentos de queixa-crime.

Da mesma forma que na esfera cível, pela numerosa gama de atribuições, passou-se a realizar a racionalização do Ministério Público visando otimizar sua atuação em outras áreas de maior envergadura institucional, deveria também ocorrer com o tipo penal em comento.

De mais a mais, há a pirataria, um tanto difundida, dos programas de computador. Assim como os fonogramas e vídeos pirateados, é normal vermos camelôs vendendo CDs com os programas da Microsoft, como Windows, Office, dentre outros. Para tais delitos, o legislador optou pela promoção da ação penal privada⁴.

Excepcionalmente, quando a conduta gerar a perda de arrecadação tributária ou sonegação fiscal, é que o delito se torna de ação pública incondicionada.

Tal previsão deveria ter sido adotada na redação do art. 186 do Código Penal. Primeiramente, porque não há critério para se estabelecer que a violação a direitos autorais de autores que não sejam criadores de programas de computador seja reprimida mais severamente, com o uso da ação penal incondicionada, enquanto que, aos autores de programas de computadores a repressão se dá apenas mediante queixa⁵.

Em segundo lugar, porque não se pode presumir sempre que a violação acarretará perda de arrecadação tributária.

Em terceiro, porque se passaria a exigir uma atuação mais ativa dos órgãos encarregados da Fiscalização Tributária, como as Fazendas Estaduais e Federais.

⁴ Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente: Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

⁵ A ação penal incondicionada gera maiores danos ao agente delitivo do que a ação penal privada. Basta notar que há maiores causas de extinção da punibilidade aos delitos de ação penal privada do que ao da pública (perempção, renúncia, decadência, etc.).

Ora, se o objeto jurídico tutelado é a proteção da indústria e da arrecadação tributária, nada mais salutar que o Ministério Público somente promova a ação pública quando houver provocação dos respectivos órgãos fiscais, via de abertura de procedimento administrativo tributário.

Nesse caso, seria razoável que se aplicasse o mesmo entendimento firmado pelo Pretório Excelso quanto aos delitos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, qual seja, o prévio exaurimento do procedimento administrativo tributário para a deflagração da ação, conforme restou resumido por intermédio da Súmula Vinculante de nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”.

Assim, por questões de justiça social e uma política criminal igualitária, os delitos seriam reprimidos de

maneira uniforme, dadas suas características comuns. Como não costuma acontecer, só nos resta deflagrar ações penais automáticas, o que nos retira a capacidade de entender e contextualizar a necessidade de repressão do delito em meio ao ordenamento jurídico. Isso não é promover a justiça...

Referências Bibliográficas

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Forense, 1958. v. 2.

RIBEIRO JUNIOR, Amaury. **A privataria tucana**. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

Jurisprudência

STJ, 5ª Turma

Princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes

HABEAS CORPUS Nº 151.866 - RJ (2009/0211162-7)

HABEAS CORPUS. ART. 304 DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO PARA OCULTAR ANTECEDENTES CRIMINAIS E EVITAR PRISÃO. AUTODEFESA QUE ABRANGE SOMENTE O DIREITO A MENTIR E OMITIR SOBRE OS FATOS E NÃO QUANTO À IDENTIFICAÇÃO. CONDUITA TÍPICA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito desta Corte Superior de Justiça consolidou-se o entendimento no sentido de que não configura o crime disposto no art. 304, tampouco no art. 307, ambos do Código Penal a conduta do acusado que apresenta falso documento de identidade perante a autoridade policial com intuito de ocultar antecedentes criminais e manter o seu *status libertatis* tendo em vista se tratar de hipótese de autodefesa, já que amparado pela garantia consagrada no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 640.139/DF, cuja repercussão geral foi reconhecida, enten-

deu de modo diverso, assentando que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente.

3. Embora a aludida decisão, ainda que de reconhecida repercussão geral, seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, motivo pelo qual o posicionamento até então adotado por este Superior Tribunal de Justiça deve ser revisto, para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.

4. A absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

5. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, na angusta via do *writ*, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

6. Ordem denegada.

STJ, 6ª Turma

A entrada em vigor da Lei n. 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, permanecendo o prazo de cinco dias de acordo com o entendimento da Súmula n. 699 do STF

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 46.694 - SP (2011/0206593-8)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO APÓS O PRAZO DE 5 DIAS. ART. 28 DA LEI 8.028/90. SÚMULA 699/STF. JULGAMENTO DA QO NO ARE Nº 639.846/SP PELO STF. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DE QUE SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.322/2010 SE MANTÉM O PRAZO DE 5 DIAS PARA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO NA SEARA PENAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O prazo para interposição de agravo previsto no artigo 28 da Lei 8.038/90 é de 5 dias, não tendo sido alterado pela superveniência da Lei 8.950/94. Precedentes desta Corte e enunciado 699 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no ARE 639.846/SP, o STF confirmou o entendimento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.322/2010, o prazo para interposição do agravo em matéria penal permanece em cinco dias, mantendo o entendimento fixado no enunciado 699 da Súmula daquela Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

STJ, 5ª Turma

A reiteração do delito de furto, ainda que em valor tido por insignificante, afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância

HABEAS CORPUS Nº 150.236 - DF (2009/0199523-1)

HABEAS CORPUS . PENAL. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SANÇÃO PENAL APLICADA EM PATAMAR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

2. Conforme decidido pela Suprema Corte, “[o] princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal” (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.)

3. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

4. Não obstante a constatação de algumas impropriedades na análise das circunstâncias judiciais, verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base (no caso, 04 meses) se revela proporcional e fundamentado, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de 02 (dois) a 08 (oito) anos.

5. Ordem denegada.

Sugestões de Leitura

Obra Doutrinária:

A substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação Geder Luiz Rocha Gomes

O jurista Cezar Roberto Bitencourt define a obra:

“Esse belíssimo trabalho de Geder Luiz Rocha Gomes merece ser compulsado pelos estudiosos e operadores desse segmento, enfim, por todos aqueles que se preocupam com a finalidade da pena e com a humanização do Direito Penal, para atingir suas finalidades com a menor dessocialização possível”

Referência:

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação**. Salvador: Juspodvm, 2008.

Artigos:

Delegado de polícia que preside inquérito policial não é testemunha Jeferson Botelho

Segundo esse artigo, a oitiva de Delegado de Polícia como testemunha de fatos apurados em Inquérito Policial de sua responsabilidade configura-se um ato ilegal. Tal estudo argumenta que, conforme doutrina majoritária, testemunha é aquela pessoa que presenciou o fato, viu ou ouviu algo, e que comparece perante a autoridade policial ou judicial para externar essa percepção. Diferentemente, o Delegado de Polícia apresenta relatório ao final do Inquérito, retratando tudo o que tomou conhecimento durante a investigação, portanto, ele não é testemunha, sua tarefa é inves-

tigatória. Citando palavras do próprio autor: “(...) Essa é a função do Delegado de Polícia, que não pode ser considerado testemunha quando preside um Inquérito Policial. Pensar diferente é atropelar a inteligência jurídica”. (p. 1).

BOTELHO, Jeferson. Delegado de polícia que preside inquérito policial não é testemunha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19717>>

A privatização do sistema penitenciário brasileiro

César Leandro de Almeida Rabelo, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas et al

Os autores defendem a privatização do sistema penitenciário brasileiro como forma de garantir a reabilitação do detento juntamente com a promoção dos Direitos Humanos. Para eles, a superlotação de presídios e a má qualidade da segurança, da higiene, da saúde e da educação, demonstram o descaso da Administração Pública com a prestação direta dos serviços penitenciários, tendo em vista o não atendimento aos anseios sociais.

O artigo conclui que: “Um sistema penitenciário eficaz deve buscar a viabilização do trabalho, a educação formal e profissionalizante, a prática do esporte e do lazer, bem como a

conscientização dos atos praticados, e não ser apresentado como o um problema social.” (p. 2). Mesmo sendo a privatização uma proposta inovadora, esta seria uma possível solução para a crise que afeta o sistema prisional brasileiro.

Referência:

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo *et al.* A privatização do sistema penitenciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19719>>.

A punição perpétua pela estigmatização social. A exigência de atestado de antecedentes para contratação em empresa privada na região de Criciúma (SC)

Mariana Garcia Amarante e Rosinei da Silveira

O referido artigo trata das pesquisas doutrinária, legislativa e de caráter indutivo, desenvolvidas em estágio na 6ª Delegacia Regional da Polícia Civil de Criciúma no período de 2010/2011.

Seu objetivo é demonstrar que exigir do cidadão um atestado de bons antecedentes para empregar-se em empresa privada configura verdadeira afronta aos princípios constitucionais e penais, ressaltando a garantia da não estigmatização. Cabe somente ao Estado punir os que atentam contra a legislação, mas, ainda assim, isso ocorre na medida de suas proporções. Entre os argumentos utilizados, apresentam-se a proibição constitucional de punição perpétua, a vedação legislativa de fornecimento de informações penais sem autorização judicial, bem como o sigilo quanto às informações de

cometimento de ato infracional por crianças e adolescentes. As autoras propõem que haja uma mudança nos critérios de contratação para o trabalho, “(...) disponibilizando suporte e devida orientação às empresas privadas, quanto a prática do procedimento discriminatório aplicado quando da requisição de atestados de antecedentes judiciais e policiais dos candidatos as vagas de trabalho”. (p. 2).

Referência:

AMARANTE, Mariana Garcia; SILVEIRA, Rosinei da. A punição perpétua pela estigmatização social. A exigência de atestado de antecedentes para contratação em empresa privada na região de Criciúma (SC). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2953, 2 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19681>>.

DIREITO CIVIL

Material e Processual

Artigos

Da obrigatoriedade de se discutir as cláusulas de proteção à pessoa dos filhos na ação de divórcio frente à nova Emenda Constitucional nº 66/2010 e os reflexos imediatos na atuação do Ministério Público

Mário de Lima Rodrigues Júnior

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – MG e estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Conselheiro Lafaiete (6ª Promotoria de Justiça).

Introdução

Publicada e em vigor desde 14 de julho deste ano, a Emenda Constitucional (EC) nº 66/2010 trouxe muitas questões relevantes a se discutir. Uma delas implica a própria atuação do Ministério Público na defesa dos incapazes, frutos da relação do casal que pleiteia o divórcio. Ante o novel instituto constitucional questiona-se a obrigatoriedade de se estabelecer cláusulas de proteção aos filhos (como guarda, regime de visitas e alimentos) na ação de divórcio, seja ele consensual ou litigioso, ou possibilitar que tais questões sejam discutidas e estabelecidas posteriormente em ações específicas, atendendo, desta forma, ao interesse dos cônjuges que pretendam apenas extinguir o vínculo que os une, pontuando-se a atuação Ministerial à defesa dos interesses dos incapazes.

Fato é que a EC nº 66/2010 conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição da República (CR) que passou assim a dispor: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Essa alteração constitucional gera grandes reflexos na sociedade brasileira, eis que não mais se exigem os lapsos temporais previstos na antiga redação do referido dispositivo constitucional como requisitos prévios para a decretação do divórcio.

A antiga redação do § 6º do art. 226 da CR/88 estabelecia

como requisitos para a concessão do divórcio a prévia separação judicial por mais de um ano, ou a comprovada separação de fato do casal por mais de dois anos ininterruptos.

Se antes havia a possibilidade de se romper a sociedade conjugal em ação de separação judicial, na qual eram instituídas questões atinentes a pessoa dos filhos incapazes, convertendo-se posteriormente o provimento em divórcio, a fim de dissolver o vínculo matrimonial, após a EC nº 66/2010 não há que se falar mais em simples extinção da sociedade conjugal preliminar à dissolução do casamento civil, pois o trânsito em julgado da decisão que conceder o divórcio resolve conjuntamente as questões dos dois institutos, tornando até mesmo injustificável discriminá-los.

Sabemos que apesar de toda a repercussão doutrinária que essa evolução constitucional tem causado, indispensável é analisarmos as consequências práticas da aplicação do referido dispositivo, devendo os operadores do direito respeitar os princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que visam à proteção da família como escopo maior, gravado na Carta Magna.

Um dos reflexos práticos da nova emenda refere-se à atuação ministerial em defesa dos interesses dos incapazes (art. 82, I, do Código de Processo Civil). Nesse diapasão, a questão prática que deve ser observada é que tal intervenção se dê nos moldes do comando constitucional de proteção da família.

Extintas as causas objetivas (lapso temporal) e subjetivas (culpa) para a concessão do divórcio ao casal, deve esse ser pleiteado diretamente sem a exigência de causas legais justificantes. Assim, em face da nova emenda constitucional, os cônjuges poderiam requerer o divórcio,

havendo filhos menores, apenas para buscar tão somente a dissolução do casamento civil? Seria possível protelar o estabelecimento das cláusulas que protegem os interesses dos filhos menores na dissolução do casamento civil de seus pais, objeto de proteção constitucional?

A resposta definitivamente deve ser negativa.

Inicialmente, cumpre destacarmos que as formas judiciais do divórcio a partir da alteração constitucional do art. 226, § 6º, da Constituição da República são: *consensual* e *litigioso*.

Divórcio Consensual

Antes da EC nº 66/2010, as questões relativas à proteção dos filhos eram estabelecidas na ação de separação judicial, seja ela litigiosa ou consensual. O art. 1.121 do Código de Processo Civil (CPC) que versa sobre a separação judicial consensual dispõe:

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà:

- I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;
- II - o acordo relativo a guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;
- III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;
- IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter. (grifo nosso)

Vale frisar que não há maiores problemas quanto a preservação dos interesses dos filhos incapazes no rompimento do casal por divórcio consensual, isto porque a lei continua exigindo que conste no acordo feito pelos cônjuges cláusulas que preservem tais interesses. Isso é o que prevê o § 2º do artigo 40 da Lei nº 6.515/77, que remete aos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil como procedimento a ser utilizado para a homologação do divórcio consensual do casal, vejamos:

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

§ 1º. (...)

§ 2º. No divórcio consensual, o procedimento a ser adotado será o previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas: (...) (grifo nosso)

Assim, o § 2º do artigo supra, ao remeter a aplicação do procedimento de separação consensual (arts. 1.120 a 1.124 do CPC) ao divórcio consensual torna o art. 1.121 Código de Processo Civil ainda aplicável, mesmo com o

fim da separação. Dessa forma, permite a homologação do divórcio consensual, que como transcrito acima, exige o acordo dos cônjuges em relação à guarda, regime de visitas e alimentos aos filhos incapazes frutos da relação.

Ressalte-se que apesar de extinto o lapso temporal de dois anos como requisito prévio para a homologação do divórcio direto consensual, as cláusulas que protegem os interesses dos filhos incapazes persistem. Isso porque a Constituição da República legitima, por meio de seus artigos 226 (*caput*) e 227 (*caput*), a aplicação de normas que protejam os interesses destes incapazes, englobados pela ideia de instituto familiar.

Divórcio Litigioso

Em relação ao divórcio litigioso deve ser feita uma interpretação sistemática das normas a fim de se preservar efetivamente os interesses dos filhos menores do casal, atingindo, desta forma, o real objetivo constitucional de proteção à família, célula da sociedade.

É que, como dito anteriormente, as questões relacionadas à proteção dos interesses dos filhos incapazes do casal que se encontra em processo de divórcio judicial litigioso eram, antes da EC nº 66/2010, estabelecidas, em grande parte, na ação de separação judicial litigiosa, quando não fosse o caso de proposição de ação de divórcio manejado em sua forma direta.

Vejamos os seguintes artigos da Lei nº 6.515/77 que tratam da proteção da pessoa dos filhos (*Seção II*) na extinta ação de separação judicial litigiosa:

Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 20. Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 28. Os alimentos devidos pelos pais e fixados na sentença de separação poderão ser alterados a qualquer tempo.

Os artigos supra tratam respectivamente da guarda dos filhos, do regime de visitas, e dos alimentos prestados a eles pelos pais, sendo de fácil percepção que o juiz tinha a obrigação de

estabelecer estas questões na ação de separação judicial litigiosa. Há, ainda, no Código Civil, dispositivos que contemplam os interesses dos filhos incapazes, vejamos:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - (...)

II - decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 1.574. (...)

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

É notável que mesmo não seguindo o rito dos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, e sim o procedimento ordinário (*vide* art. 40, § 3º, da Lei nº 6.515/77), o divórcio litigioso não poderia deixar de preservar os interesses dos filhos incapazes do casal, até porque, desta forma, não haveria sentido e razoabilidade na lei que prevê a proteção destes no divórcio consensual e os deixa legalmente desamparados no divórcio litigioso.

Dessa forma, devido à extinção da separação judicial litigiosa, devem os artigos transcritos acima terem imediata aplicação na ação de divórcio litigioso, devendo ser considerada inconstitucional a decretação do divórcio sem estarem estabelecidas as cláusulas que preservam os interesses dos filhos incapazes, pois assim, o Poder Judiciário estaria deixando de proteger o instituto familiar que subsiste mesmo após o divórcio do casal, no caso, consubstanciado pelo núcleo formado pelos incapazes, frutos da união e responsável legal.

Conclusão

A única exceção em que poderia ser admitida a decretação ou a homologação do divórcio sem que na mesma ação tenham sido resguardados os interesses dos filhos incapazes, isto é, concedendo o provimento judicial apenas para dissolver o vínculo conjugal, seria quando as questões de interesse e proteção dos filhos já estejam sendo discutidas em outra(s) demanda(s) anteriormente ajuizada(s).

O Ministério Público, ante a atribuição que lhe é conferida pelo *caput* do artigo 127 da Constituição da República e artigo 82, I, do Código de Processo Civil deve, nas ações de divórcio que houver filhos incapazes, atuar sempre zelando pela preservação dos interesses dos mesmos, exigindo que sejam discutidas e estabelecidas cláusulas relativas aos interesses da prole, oriunda da relação conjugal dos divorciandos.

Portanto, não seria conveniente que o representante do Ministério Público permanecesse inerte ao simples pleito de divórcio sem que nesta ação estejam estabelecidas as cláusulas de proteção dos filhos incapazes do casal, ressalvada a exceção de demanda proposta anteriormente.

Não fosse assim, o Ministério Público correria o risco de, posteriormente, os representantes legais dos incapazes omitirem-se na busca da satisfação das pretensões destes, não ajuizando as ações cabíveis, e, assim, restando ao desamparo àqueles que, por lei, são destinatários de tutela especial, ferindo mortalmente a Constituição da República.

Não se pode admitir que as partes, buscando unicamente o divórcio, se atenham ao interesse individual imediato das mesmas e deixem para momento posterior as questões atinentes aos incapazes. Até porque nem se sabe se tais demandas seriam ajuizadas e, dessa forma, o *parquet* não teria como acompanhar a efetiva satisfação dos direitos.

Salienta-se que a própria justificativa da “PEC do divórcio”, apresentada ao Congresso Nacional em junho de 2005 pelo então Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia sugerida pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), reforça a ideia de que não é mais compatível com a sociedade brasileira atual a manutenção dos institutos da separação e do divórcio, devendo somente este último subsistir, contudo, permanecendo inalterado o foco constitucional de proteção à família. Vejamos:

(...) Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma

duplicidade artificial entre a dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provoca, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

(...)

O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (grifo nosso).

A parte final da justificativa acima apresentada deixa-nos clara a intenção do legislador constituinte reformador em extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação, sem que isso cause qualquer prejuízo aos

interesses dos filhos incapazes do casal, até porque o contrário disso acarretaria grave violação constitucional.

E poderíamos dizer mais: se o legislador constituinte buscou, inclusive, a unificação dos processos para solucionar um único conflito de interesses, não é proporcional que as cláusulas de proteção dos filhos incapazes do casal em processo de divórcio sejam estabelecidas em demanda(s) diversa(s) e posterior(es) à concessão por divórcio, ao entendimento que tais questões deveriam ser discutidas em ações próprias.

Assim, se fossem dispensáveis as discussões no pedido de divórcio de questões como guarda, regime de visitas e alimentos aos filhos menores, não mais se justificaria a exigência de que a demanda, caracterizada pelo interesse de incapazes, obrigatoriamente fosse submetida à apreciação judicial, podendo isso ser plenamente resolvido no Registro Público e, deste modo, ficaria sem sentido o dispositivo constante do art. 1.124-A do Código de Processo Civil.

Por fim, vale repetir que mesmo restando extinto o instituto da separação judicial ante a nova Emenda Constitucional nº 66/2010 devemos, como operadores do Direito e norteados pelo senso de justiça, interpretar esta evolução constitucional, essencialmente, com o intuito de preservar o instituto de inestimável relevância social e base de qualquer Estado Democrático de Direito que é a família e, desta feita, a atuação ministerial deve zelar pela imprescindibilidade da discussão dos interesses dos incapazes nas ações de divórcio, sejam elas consensuais ou litigiosas.

Ao julgar Pedido de Providências, CNJ reafirma a "importância da ferramenta chamada 'penhora on line' "

Alexandre Pontieri

Advogado em Brasília/DF; Pós-graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Ao julgar o Pedido de Providências nº 0007074-86.2010.2.00.0000, de relatoria do Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – reafirmou, por unanimidade¹, “a importância da

ferramenta chamada ‘penhora on line’ ”.

Requerido: Conselho Nacional de Justiça

CERTIFICO que o PLENÁRIO, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“O Conselho, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Leomar Barros Amorim e Morgana Richa. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso. Plenário, 21 de junho de 2011.”

Presentes à sessão os Excelentíssimos Senhores Conselheiros Ministro Cezar Peluso, Ministra Eliana Calmon, Ministro Ives Gandra, Milton Nobre, Nelson Tomaz Braga, Paulo Tamburini, Walter Nunes, José Adonis Callou de Araújo Sá, Felipe Locke Cavalcanti, Jefferson Kravchychyn, Jorge Hélio Chaves de Oliveira, Marcelo Nobre e Marcelo Neves.

Ausentes, justificadamente, o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Brasília, 21 de junho de 2011.

Mariana Silva Campos Dutra

¹ RECURSO ADMINISTRATIVO NO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS 0007074-86.2010.2.00.0000

Relator: Conselheiro FELIPE LOCKE CAVALCANTI

Requerente: Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP

O julgamento do referido Pedido de Providências ocorreu durante a 129ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 21 de junho de 2011 (publicada no DJ-e nº 109/2011, em 15/06/2011, p. 2-27).

No Recurso Administrativo interposto pela requerente, foram solicitadas as seguintes providências ao Conselho Nacional de Justiça:

[...]

a) apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário quanto à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e da Penhora *on Line*, em respeito ao princípio da legalidade previsto no art. 37 da Carta Magna;

b) expedir ato regulamentar, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências no sentido de que o Poder Judiciário tenha cautela e que aplique a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica nos casos e forma expressamente previstos em lei, vedada sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva, com a devida comprovação do abuso da personalidade, para que não haja confusão entre os institutos da co-responsabilidade e responsabilidade solidária, e em respeito ao princípio da autonomia patrimonial, previsto no art. 596 do Código de Processo Civil;

c) expedir ato regulamentar, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências no sentido de que o Poder Judiciário aplique a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, considerando a Teoria Maior, por ser o entendimento doutrinário dominante, e sob o crivo do devido processo legal, a fim de que sejam resguardados os Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Carta Magna;

d) expedir ato regulamentar, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências no sentido de que o acesso às informações bancárias do executado seja somente afeto aos magistrados e não estendidas *[sic]* aos assessores por eles designados para auxiliá-los na operação do sistema, como possibilita o 'Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário (Manual Básico) - BACEN JUD 2.0 (item 3 - Usuários)';

e) expedir ato regulamentar, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências no sentido de que, inexistindo indicação de conta única pelo executado/interessado, a ordem de bloqueio, pela autoridade judiciária competente, respeite os limites da penhora previstos no Código de Processo Civil, de forma a evitar o bloqueio múltiplo das contas do executado;

f) expedir ato regulamentar, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências no sentido de que a quebra do sigilo bancário/fiscal ou mesmo a penhora do faturamento do executado seja realizada excepcionalmente, dado o potencial lesivo que tal medida pode acarretar ao devedor, inclusive no tocante à continuidade de suas atividades;

g) expedir ato regulamentar, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências no sentido de que toda ordem judicial determinando a 'penhora on line' *[sic]* seja precedida de notificação/citação prévia informando tal fato ao devedor.

Em seu voto, o Conselheiro Relator Felipe Locke Cavalcanti destacou que "[...] nada há a acrescentar. A questão da inviabilidade de modificação do regulamento do BACENJUD já foi também decidida monocraticamente pelo Conselheiro Milton Nobre, nos autos do PP 0002871-81.2010.2.00.0000."

E o relator continuou a dispor o seu voto no sentido de que:

A importância da ferramenta chamada 'penhora *on line*' é reiteradamente ressaltada pelo Conselho Nacional de Justiça. Vejamos o decidido pelo Conselheiro Antônio Umberto no PP 0001047-58.2008.2.00.0000:

Depreende-se, da leitura das consultas acima referidas, que vários atos do CNJ estão concertados em uníssono no mesmo sentido: de que o sistema BACENJUD é um poderoso instrumento apto à efetivação do princípio constitucional da celeridade processual, e deve ser utilizado de forma razoável pelos magistrados brasileiros, sem que contudo *[sic]* lhes seja retirada a faculdade de decidir pela utilização ou não do sistema, considerando os riscos ínsitos ao procedimento e as peculiaridades dos casos concretos.

Por todo o exposto, o recurso é conhecido, tendo seu provimento negado, mantida a decisão monocrática do Relator².

² A decisão monocrática do mesmo Relator, Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, está assim redigida:

"No caso, entendo que, no que concerne aos itens "a", "b", "c" e "f", as atividades ali descritas têm caráter nitidamente jurisdicional, posto que atinentes à livre convicção do magistrado no ato de decidir, como muito bem apontado no parecer do Juiz Auxiliar da Presidência. Posicionamento que pode ser ilustrado pela seguinte decisão:

Inarredável a competência deste Conselho para controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, nos termos do parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição Federal, mas não deve o CNJ avançar no debate de sorte a atingir eventual decisão judicial, ou nela intervir, por razão de segurança jurídica e respeito à função jurisdicional, evitando-se possíveis pronunciamentos conflitantes. (CNJ - PCA 631 - Rel. Cons. Altino Pedrozo - 44ª Sessão - j. 31.07.2007 - DOU 17.08.2007.

Quanto aos itens 'd', 'e' e 'g', ficou consignado no parecer:

Em relação ao item 'd', necessário comparar o funcionamento do sistema BACENJUD com a solicitação de informações em papel.

Assim pode ser descrito o fluxo tradicional: 1) magistrado decide pelo bloqueio de bens e valores; 2) o servidor confecciona o ofício ao Banco Central/Instituições Bancárias; 3) o magistrado assina o ofício (quando este não é assinado 'de ordem' do magistrado); 4) o ofício é enviado; 5) a resposta ao ofício é encaminhada ao juízo solicitante; 6) a correspondência é aberta pelo servidor; 7) havendo determinação do magistrado, esta é juntada aos autos.

No caso do fluxo automatizado, temos a seguinte seqüência de tarefas: 1) magistrado decide pelo bloqueio de bens e valores; 2) o servidor confecciona a minuta da requisição ao Banco Central/Instituições Bancárias; 3) o magistrado protocola a requisição, enviando-a ao BACEN; 4) a resposta à requisição fica disponível no Sistema BACENJUD; 5) o magistrado deve definir como tratar a resposta da requisição (novo bloqueio, desbloqueio parcial ou total, transferência dos valores para conta à disposição do juízo); 6) havendo determinação do magistrado, esta é juntada aos autos.

Em ambas as situações o magistrado pratica o ato decisório e o servidor o instrumentaliza (fazendo o ofício ou minutando a requisição). A responsabilidade pelo ato é do magistrado que decidiu, não do servidor a ele vinculado.

A exclusão de tal funcionalidade traria uma carga de trabalho maior e desnecessária ao magistrado que, necessariamente, teria que operar sozinho o sistema BACENJUD, o que certamente desestimularia o seu uso.

Com relação ao item 'e', necessário detalhar o funcionamento do cadastro de contas únicas no BACENJUD.

Infere-se do artigo 7º da Resolução n. 61 do CNJ, de 7 de outubro de 2008, a orientação de que o magistrado deve fazer uso, inicialmente, da conta única cadastrada para o atendimento das ordens judiciais, salvo inexistência de valores disponíveis:

Art. 7º. A pessoa natural ou jurídica que solicitar o cadastramento de que trata esta Resolução obriga-se a manter valores imediatamente disponíveis em montante suficiente para o atendimento das ordens judiciais que vierem a ser expedidas, sob pena de redirecionamento imediato da ordem de bloqueio, pela autoridade judiciária competente, às demais contas e instituições financeiras onde a pessoa possua valores disponíveis.

Neste sentido, o sistema BACENJUD não impede a determinação inicial de bloqueio em outras contas, mas alerta o usuário da existência da conta única cadastrada, conforme disposto no art. 13, §6º, do Regulamento do BACENJUD:

§ 6º O sistema BACENJUD 2.0 alerta o usuário sobre a existência de conta única para bloqueio cadastrada conforme Resolução n. 61 do Conselho Nacional de Justiça, de 7.10.2008, a ser utilizada para evitar múltiplos bloqueios.

Tal ocorre em razão de que não há mecanismos, no BACENJUD, de identificação de se a ordem de bloqueio é a primeira ou não. Cada ordem é propositadamente tratada como única, sem vinculação a ordens anteriores.

Transcrevo trecho do voto do Cons. Milton Nobre no Pedido de Providências 0002511-83.2009.2.00.0000:

'Por outro lado, a despeito da ausência de previsão nesse sentido, o cadastramento de conta única objetiva evitar os inconvenientes causados por bloqueios múltiplos pelo sistema BACENJUD, conforme consta expressamente nos [sic] considerando da Resolução n. 61. Ressalte-se que tal intuito coincide com o dever do juiz de primar pela utilização de meios de execução menos gravosos para o devedor.

Ante todo o exposto, julgo procedente o pedido para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que, no prazo de 15 dias, expeça comunicação aos magistrados daquele Estado, recomendando que optem pela conta cadastrada para bloqueio, nas hipóteses em que o sistema BACENJUD alertar sobre a sua existência.'

'Inexistindo conta única cadastrada, há possibilidade de o magistrado direcionar o bloqueio para uma conta específica, desde que possua as informações necessárias (Banco, Agência, número da conta). Não possuindo tais informações, só resta a possibilidade de determinar o bloqueio do valor exequendo em conta(s) que sejam da titularidade do CPF/CNPJ que for especificado pelo magistrado.

Nessa hipótese, havendo diversas contas com saldo disponível, haverá o bloqueio do valor informado em cada uma delas, cabendo ao magistrado efetuar os desbloqueios realizados em excesso.

Cabe destacar que as ordens encaminhadas até 19h de um dia são processadas até 8h do dia seguinte. Obedecidos os prazos preceituados pelo manual do sistema BACENJUD, o prazo máximo de bloqueio múltiplo seria de 72h.

Impedir o bloqueio com base no CNPJ/CPF forçaria a busca prévia dos números de contas pelo magistrado/servidor do Judiciário, praticamente inviabilizando o uso do bloqueio on line.

Por fim, no que concerne ao item 'g', a intimação/notificação prévia do devedor

Todas as informações sobre o sistema BACENJUD podem ser obtidas através do Portal do Banco Central, através do link www.bcb.gov.br/?BCJUD, ou, pelo site do Conselho Nacional, no link: <http://www.cnj.jus.br/sistemas> (Sistemas de Informações sobre Pessoas e Bens; BACENJUD).

E, no Conselho Nacional de Justiça, a matéria está disciplinada pela Resolução nº 61, de 7 de outubro de 2008, que assim dispõe:

Resolução nº 61, de 07 de outubro de 2008.

Disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências.

(Aprovada na 71ª Sessão Ordinária de 07 de outubro de 2008)

(Publicada no DJ-eletrônico, Edição 68/2008, de 15 de outubro de 2008)

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,

Considerando que a eficiência das atividades jurisdicionais tem na efetividade da execução um aspecto fundamental;

Considerando as facilidades tecnológicas a serviço da execução por meio da introdução do Convênio BACENJUD, visando a tornar mais ágeis e seguras as ordens judiciais de bloqueio de valores por via eletrônica; Considerando os inconvenientes causados por bloqueios múltiplos pelo sistema BACENJUD;

Considerando a necessidade de uniformização de procedimentos para cadastramento de conta única para efeito de recebimento de ordens judiciais de bloqueio pela via eletrônica;

Considerando a experiência bem-sucedida no âmbito da Justiça do Trabalho, que introduziu o sistema de cadastramento de conta única para bloqueio judicial pela via eletrônica em 2003, atualmente regulado nos arts. 58 a 60 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho;

Considerando as decisões plenárias proferidas por

de que será determinado bloqueio de valores de que é titular propicia que este retire tais valores do sistema financeiro, frustrando a execução.

Destaque-se que o bloqueio on line só é utilizado quando não há satisfação espontânea da obrigação, de modo que há conhecimento de sua existência por parte do devedor/executado.'

No entanto, muito embora tenham sido respondidas as questões pelo parecer, a contento, no que tange aos itens acima descritos, o pedido pode implicar, em última análise, alteração do Regulamento do BACENJUD, e, por esta razão, não se insere na competência do Plenário desta Corte Administrativa, nos termos do art. 4º do RICNJ.

Desse modo, não conheço do pedido e determino o seu arquivamento.

Considerando o destinatário do expediente, encaminhe-se cópia ao Excelentíssimo Secretário-Geral deste Conselho, para conhecimento e eventual encaminhamento ao Comitê Gestor do BACENJUD que está previsto no artigo 21 do BACENJUD 2.0.'

este Conselho nos Pedidos de Providências nºs 200710000014784, 200710000015818 e 200710000011084;

RESOLVE:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. BACEN JUD SISTEMA DE ATENDIMENTO AO JUDICIÁRIO (BACENJUD) é o sistema informatizado de envio de ordens judiciais e de acesso às respostas das instituições financeiras pelos magistrados devidamente cadastrados no Banco Central do Brasil, por meio da Internet.

Art. 2º. É obrigatório o cadastramento, no sistema BACENJUD, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial.

CAPÍTULO II DO SISTEMA NACIONAL DE CADASTRAMENTO DE CONTAS ÚNICAS DO BACENJUD

Art. 3º. Fica instituído o Sistema Nacional de Cadastramento de Contas Únicas do BACENJUD que observará as disposições desta Resolução e os termos dos Convênios celebrados entre o BANCO CENTRAL DO BRASIL e os órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Art. 4º. Qualquer pessoa natural ou jurídica poderá solicitar o cadastramento de conta única apta a acolher bloqueios realizados por meio do BACENJUD.

Art. 5º. A solicitação de cadastramento será dirigida:

I - na Justiça Federal e na Justiça dos Estados e do Distrito Federal, ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou a quem este indicar em ato próprio;

II - na Justiça do Trabalho, ao Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho ou a quem este indicar em ato próprio;

III - na Justiça Militar da União, ao Presidente do Superior Tribunal Militar ou a quem este indicar em ato próprio, que a encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça, para as providências subseqüentes.

Art. 6º. A solicitação de cadastramento será efetuada em requerimento impresso, conforme formulário próprio, ou em formulário eletrônico, disponíveis nos sítios do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Militar na rede mundial de computadores (<http://www.tst.jus.br>, <http://www.stj.jus.br> e www.stm.jus.br), dos quais constará a declaração expressa de ciência e concordância do requerente com as normas de uso do sistema regulado por esta Resolução.

§ 1º A solicitação de cadastramento de conta única será

instruída com:

I - cópia do CPF ou CNPJ do requerente; e

II - comprovante idôneo da titularidade da conta bancária indicada de que constem todos os dados identificadores exigidos pelo sistema BACENJUD (banco, agência, conta-corrente, nome e CPF ou CNPJ do titular), dispensada a indicação de agência e conta-corrente quando o requerente for instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional.

§ 2º A solicitação de cadastramento de conta única, devidamente preenchida e instruída, será apresentada ao Protocolo do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar ou da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho ou por remessa postal a um destes órgãos dirigida à Presidência do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Militar ou à Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, conforme o caso, com a observação, no campo reservado à identificação do destinatário, 'CADASTRAMENTO DE CONTA ÚNICA - BACENJUD'.

§ 3º A autoridade competente para autorizar o cadastramento de conta única poderá exigir outros documentos ou providências que reputar necessários para decidir sobre o pedido.

§ 4º O deferimento do cadastramento de que trata esta Resolução em um dos tribunais superiores autorizados valerá para todos os órgãos da Justiça Comum dos Estados e Distrito Federal, Justiça Federal, Justiça Militar da União e Justiça do Trabalho.

§ 5º Em caso de grupo econômico, empresa com filiais e situações análogas, faculta-se o cadastramento de uma única conta para mais de uma pessoa jurídica ou natural desde que o titular da conta indicada:

I - informe os nomes e respectivos números de inscrição no CNPJ ou CPF;

II - apresente declaração escrita idônea, em caráter incondicional, de plena concordância com a efetivação de bloqueio de valores decorrente de ordem judicial expedida contra as pessoas por ele relacionadas;

III - apresente declaração dos representantes legais das pessoas jurídicas e das pessoas naturais, em caráter incondicional, de plena concordância com o direcionamento das ordens judiciais de bloqueio para a conta especificada;

IV - apresente declaração da instituição financeira respectiva de que está ciente e apta a direcionar, para a conta especificada, as ordens judiciais de bloqueio expedidas contra as pessoas arroladas.

Art. 7º. A pessoa natural ou jurídica que solicitar o cadastramento de que trata esta Resolução obriga-se a manter valores imediatamente disponíveis em montante suficiente para o atendimento das ordens judiciais que vierem a ser expedidas, sob pena de redirecionamento imediato da ordem de bloqueio, pela autoridade judiciária competente, às demais contas e instituições

financeiras onde a pessoa possua valores disponíveis.

Art. 8º. Caso seja insuficiente o saldo encontrado na conta única cadastrada na forma desta Resolução:

I - a autoridade judiciária requisitante da ordem frustrada comunicará, em cinco dias, o fato a uma das autoridades indicadas no art. 5º a que estiver vinculada;

II - a autoridade responsável pela gestão do Sistema Nacional de Cadastramento de Contas Únicas, no âmbito do tribunal superior comunicado (art. 5º), instaurará procedimento administrativo para oitiva do titular da conta única frustradora da ordem judicial de bloqueio, no prazo de cinco dias, após o que, no mesmo prazo, decidirá pela manutenção ou cancelamento do cadastramento respectivo;

III - a autoridade que decretar o cancelamento do cadastramento de conta única comunicará o outro tribunal superior e efetivará, eletronicamente, a exclusão do respectivo beneficiário.

§ 1º A parte interessada, no prazo assinalado no inciso II, poderá demonstrar o erro da instituição financeira mantenedora da conta única indicada ou apresentar as justificativas que reputar plausíveis, devendo instruir sua defesa com os documentos que tiver.

§ 2º Após o período de 6 (seis) meses, contados da data do cancelamento do cadastramento da conta única, poderá o respectivo titular postular o seu recadastramento, indicando a mesma conta ou outra.

§ 3º A reincidência no não atendimento das exigências de manutenção de recursos suficientes ao acolhimento dos bloqueios pelo sistema BACENJUD importará em novo descadastramento pelo prazo de um ano, sendo facultado à parte postular novamente seu recadastramento.

§ 4º O terceiro descadastramento da parte terá caráter definitivo.

Art. 9º. A inatividade da instituição financeira mantenedora da conta única cadastrada na forma desta Resolução implicará o cancelamento automático do cadastramento, sem prévio aviso.

Art. 10. O cadastramento poderá ser cancelado mediante requerimento do titular da conta única a uma das autoridades indicadas no art. 5º, que determinará a exclusão no Sistema Nacional de Cadastramento de Contas Únicas do BACENJUD em até 30 (trinta) dias, a contar da data do respectivo protocolo.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 11. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho e o Presidente do Superior Tribunal Militar poderão, isolada ou conjuntamente, expedir regulamentos complementares para detalhamento e uniformização dos procedimentos para o atendimento do disposto nesta Resolução.

Art. 12. Os cadastramentos já deferidos até a entrada em vigor desta Resolução, no âmbito da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, valerão automaticamente para os demais órgãos do Poder Judiciário referidos nesta Resolução.

Parágrafo único. O titular da conta única desinteressado na extensão automática de que trata o *caput* poderá requerer o cancelamento do cadastramento, na forma prevista no artigo 10.

Art. 13. Esta Resolução entra em vigor no prazo de 30 (trinta) dias após sua publicação.

Brasília, 07 de outubro 2008.

GILMAR MENDES

Presidente do CNJ

Jurisprudência

STJ, 3ª Turma

Escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação autoriza a fixação da indenização mais elevada

(STJ; REsp 1.120.971; Proc. 2008/0112653-7; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; Julg. 28/02/2012; DJE 28/02/2012)

EMENTA: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA,

COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R\$ 500.000,00.

TJMG, 1ª Câmara Cível

Evidenciada situação de risco do menor na companhia da mãe biológica e constatadas boas condições após acolhimento em família substituta, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a consequente adoção, independentemente do fato de serem as adotantes do mesmo sexo

(TJMG; REsp 1.120.971; Proc. 1.0480.08.119303-3/001(1); 1a Câmara Cível; Rel. Des. Armando Freire; Julg. 24/05/2011; DJE 03/06/2011)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER - ADOÇÃO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - POSSIBILIDADE - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA - FINS SOCIAIS DA LEI - ADOÇÃO CONJUNTA - CASAL DO MESMO SEXO - DIREITO RECONHECIDO - NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA BASEADA NO AFETO - ESTUDOS QUE REVELAM INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS - ABANDONO - SITUAÇÃO DE RISCO - AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR - BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR - RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES - EXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM A MANUTENÇÃO DO INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE - RECURSO DESPROVIDO.

1. Não obstante a adoção não implicar, automaticamente, a destituição do poder familiar, se garantidos à genitora da criança, que não concorda com o deferimento do pleito inicial, os princípios do contraditório e da ampla defesa, nada impede a cumulação dos pedidos. Não se relativizar os

aspectos processuais em detrimento do melhor interesse da criança. Mesmo constatada a ausência do procedimento prévio de destituição do poder familiar, se o processo atingiu sua finalidade e não causou prejuízos ao menor não há razão para extingui-lo.

2. Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal.

3. Evidenciada nos autos a situação de risco em que se encontrava o menor na companhia da mãe biológica, além de os demais familiares não demonstrarem interesse em sua criação, e constatada as boas condições em que a criança se encontra após ter sido acolhida em família substituta que pretende adotá-la, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a consequente adoção pleiteada por aquelas que mantêm verdadeiros laços afetivos com o infante, dando-lhe carinho e condições materiais para que tenha um crescimento saudável, independente do fato de serem as adotantes duas mulheres.

STJ, 4ª Turma

Atos do interventor em entidade fechada de previdência complementar podem ser questionados em mandado de segurança

(STJ; REsp 262793/CE; 4ª Turma; Rel. Min. Maria Isabel Gallotti; Julg. 28/02/2012; DJE 07/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE INTERVENTOR DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEGITIMIDADE PASSIVA. NATUREZA DO ATO. REDUÇÃO DE BENEFÍCIO. ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO CONTRIBUTIVO. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. O interventor de entidade fechada de previdência priva-

da é parte legítima passiva para responder a mandado de segurança impetrado contra ato praticado na qualidade de delegado do Poder Público.

2. A análise da legalidade do ato de redução do benefício passa necessariamente pelo exame da existência de contribuição prévia para sua constituição, fato controvertido entre as partes, o que impõe dilação probatória, incompatível com o rito processual do mandado de segurança e insusceptível de exame na via do recurso especial.

3. Recurso especial não provido.

Sugestões de Leitura

Obras Doutrinárias:

Manual de Biodireito

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves

Esta obra trata dos seguintes temas:

- Da Bioética ao Biodireito
- Princípios e Interpretação na Bioética e no Biodireito
- Dos Direitos da Personalidade
- Relação Médico-paciente e Responsabilidade Civil do Médico
- Reprodução Humana Assistida
- Células-tronco e Aspectos Gerais da Lei de Biossegurança
- Organismos Geneticamente Modificados
- Dados Genéticos Humanos
- Investigação e Manipulação Genéticas

- Clonagem Humana
- Patenteamento de Material Genético e de Organismos Vivos
- Transexualismo
- Doação de Órgãos e Tecidos
- Eutanásia e Suicídio Assistido

Referência:

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 358p.

Divórcio - Inovações e Consequências da EC 66/2010 Luiz Fernando Valladão Nogueira

“A Emenda Constitucional 66/2010 representa um alinhamento entre a realidade social e a legislação. Isto porque, ao simplificar a obtenção do fim do vínculo conjugal, atendeu aos reclamos daqueles que sofreram com o desgastante processo de separação. Com efeito, o fim do casamento não deve trazer, além das diversas consequências negativas, a discussão sobre quem é o cônjuge culpado.

Deve-se enfatizar que os nossos valores, inclusive religiosos, continuam incólumes. Ninguém, em sã consciência, defende que o divórcio sem condições deva funcionar para estimular o fim rápido dos casamentos. Ao contrário, todos nós queremos que os casais alcancem a paz espiritual que o casamento prometeu-lhes.

Acontece que cada um de nós tem uma história de vida específica que lhe é reservada. De outro lado, os valores que adotamos são individuais e não podem ser monitorados por entidades ou instituições. Destaque-se, ainda, que a dinâmica dos fatos impõe a cada um de nós acontecimentos que nem sempre eram desejados ou esperados. Nesse contexto, a

realidade dura traz o término de algumas relações conjugais. Se assim acontece, é correta a opção do legislador em acabar com o instituto da separação - tese que defendemos nesta obra -, pois isto significa o fim da duplicidade de processos (separação e divórcio) e acarreta a diminuição de tantos conflitos desnecessários.

Na linha deste raciocínio é que a obra conjunta que ora apresento foi desenvolvida. Todos os autores, cujos nomes constam nesta obra, são responsáveis pelas teses apresentadas. Isto importa dizer que a obra toda, inclusive a redação dos textos, é fruto de um trabalho coletivo, ao qual se chegou depois de longos debates.”

Luiz Fernando Valladão Nogueira

Coordenador

Referência:

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Divórcio: inovações e consequências da EC 66/2010**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 120p.

Artigos:

A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental Bruno Pessoa Guerra

O artigo faz uma análise a respeito da deserdação nos casos de ausência de afetividade na relação parental. Inicialmente, a autora tece considerações acerca da Constituição de 1988 e do novo Código Civil, que passaram a proteger a família e o direito à afetividade, e não apenas o seu patrimônio. Nesse estudo, demonstra-se que a ausência de afeto pode levar ao desfazimento da relação familiar e das obrigações civis.

Seguindo esse raciocínio, o trabalho em pauta argumenta que, especificamente na esfera do direito sucessório, é possível aplicar a deserdação nas situações em que as famílias encontram-se desconstituídas por falta de afeto. Este conclui que o tema exige uma norma consistente e não uma legislação permissiva como a atual. Por essa razão, demonstra-se favorável à aprovação do Projeto de Lei

do Senado nº 118/2010, no intuito de se evitar que mais uma injustiça social deixe de ser amparada pelo Direito.

Segundo palavras da própria autora: "(...) Observa-se a importância da inserção do princípio da afetividade no Direito das Sucessões, identificando a existência ou não de afeto nas relações familiares, vedando a herança ao herdeiro/legatário que não cultivava afeto ao de cujus, por ser, no mínimo, imoral receber esse "presente do acaso" de um ente desvalido". (p. 3).

Referência:

GUERRA, Bruna Pessoa. A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2961, 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19722>>.

Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro Claudinéia Onofre de Assunção Mota

O artigo sugerido trata da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, teoria ainda pouco difundida no Brasil, mas que já vem sendo acolhida nos tribunais. A autora tece argumentos que justificam a admissibilidade dessa teoria no direito brasileiro, com o intuito de conceder às vítimas uma reparação plenamente capaz de recompensar os danos sofridos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Tal estudo traz a definição da perda de uma chance, suas características e natureza jurídica. Ainda, apresenta critérios para a fixação da indenização e analisa algumas decisões dos tribunais brasileiros que tratam dessa matéria. Assim, com a evolução da sociedade e com o surgimento de novos conflitos, manifesta-se a teoria da responsa-

bilidade civil pela perda de uma chance, flexibilizando a interpretação dos pressupostos clássicos da reparação civil. Para Claudinéia Mota, referida teoria surge "(...) a fim de melhor resguardar as pessoas, evitando que suportem sozinhas os prejuízos resultantes da conduta lesiva de alguém, mas que não se enquadrem no pressuposto da certeza do dano final, exigida para caracterizar dano emergente, lucro cessante ou dano moral". (p. 4).

Referência:

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19730>>.

O ônus da prova no processo civil moderno

Alex Ravache

Sob a ótica do direito processual civil moderno, o autor tece uma análise acerca da finalidade das provas para o processo. Estuda também os aspectos do ônus da prova e sua teoria de distribuição dinâmica, abordando questões como a possibilidade de sua inversão e o momento adequado para se aplicá-la.

Ainda, defende que o custeio das despesas da realização da prova não é prejudicado pela inversão, ao passo que continuam sendo aplicadas as normas do artigo 33 do Código de Processo Civil, ou seja, deve arcar com as despesas da prova a parte que a requereu, o autor ou, se for requerida por ambas as partes, o juiz.

De acordo com as palavras de Alex Ravache (2011): “(...) percebe-se que o direito processual civil brasileiro caminha na busca da garantia de uma prestação jurisdicional efetiva à sociedade, com decisões seguras, pautadas na realidade dos fatos, e não mais em presunções criadas por normas apegadas ao excesso de formalismo. E, incumbe aos operadores do direito o ônus de levar adiante e fazer prevalecer essa tendência moderna e positiva”. (p. 2).

Referência:

RAVACHE, Alex. O ônus da prova no processo civil moderno. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19694>>.

ASSUNTOS VARIADOS

Ineficiência da Justiça Federal

Reis Friede

Mestre e Doutor em Direito
Desembargador Federal
Ex-Membro do Ministério Público

Continuamos a discutir, com notável persistência – e agora sob a égide da eminente aprovação de Projeto de Lei que amplia a composição dos cinco TRF's em mais 137 Juízes (mais do que dobrando, portanto, o quantitativo nacional de julgadores), além de uma PEC que cria mais quatro TRF's com o conseqüente aumento (inclusive redundante) de juízes – a premente questão relativa à notória ineficiência da Justiça Federal. Desta vez, no entanto, não adentramos, *data maxima venia*, nas verdadeiras razões da inconteste morosidade da prestação jurisdicional, apontando, como causa fundamental, em evidente e persistente equívoco, o excessivo número de processos em tramitação *vis-à-vis* com a presumível carência de magistrados.

Não há, todavia, em efetiva contrariedade à irrefletida tese reinante, um quantitativo verdadeiramente exagerado de processos em tramitação. Muito pelo contrário, o número de temas julgados é relativamente pequeno em comparação com a agigantada dimensão da estrutura da Justiça Federal, sendo certo que o que há, em última análise, é um absurdo e um inconcebível número de processos absolutamente idênticos que, por mais espantoso que pareça, têm de ser julgados, por imperativo legal, caso a caso. À guisa de exemplo, deve ser consignado que a Justiça Federal julgou, nos últimos 10 anos, mais de 3

milhões de ações exatamente iguais versando sobre FGTS, o que obrigou a um dispêndio de recursos humanos e materiais de enorme monta para, após pacificada a questão no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, estabelecer, finalmente, uma uniformidade decisória que - apesar de tudo -, ainda é, por mais inacreditável que pareça, contestada, em parte, não só pelos jurisdicionados, mas também por alguns juízes que insistem em julgar as mesmas questões já pacificadas de forma diversa.

Portanto, ampliar constantemente a quantidade de Juízes de 1º Grau (como vem sendo feito, sistematicamente, sem nenhum resultado prático há mais de vinte anos) ou mesmo de Desembargadores Federais não irá certamente resolver o problema, pois acaba por atacar os seus efeitos e não propriamente as causas motivacionais da morosidade da prestação jurisdicional; esta somente pode ser combatida através de novos instrumentos processuais que impeçam, de forma sinérgica, o constante julgamento de questões idênticas.

Por efeito conseqüente, precisamos, com a máxima urgência, estabelecer uma necessária e profunda reflexão, buscando, em última análise, uma solução derradeira que resolva definitivamente a ineficiência da Justiça Federal. É preciso atacar as causas da morosidade da prestação jurisdicional e não apenas seus visíveis e condenáveis efeitos.

Poder Legislativo: permanência ou extinção?

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público 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)

Ainda na mocidade aprendemos que o exercício do poder estatal, ao menos nos regimes democráticos, deve ser dividido entre três funções distintas: a legislativa, a executiva e a judiciária. Essa divisão, em sua expressão mais simples, indica que o Poder Legislativo edita a lei a ser observada por todos, o Poder Executivo cumpre os seus comandos, praticando os atos administrativos necessários à realização desse objetivo e o Judiciário julga, em caráter definitivo, os conflitos de interesses que sejam submetidos à sua apreciação. Além disso, o sistema deve ser estruturado de modo que certos atos exijam o concurso de dois ou mais Poderes, de maneira que cada um deles possa contribuir para frear os excessos do outro. Apesar das inegáveis contribuições de Aristóteles e Locke, a honra maior dessa sistematização coube a Montesquieu,¹ que, esmiuçando as instituições inglesas, demonstrou, cabalmente, a necessidade de a divisão funcional do poder ser associada à divisão orgânica, de modo que as distintas funções não possam ser exercidas pelo mesmo órgão.

Pois bem, a Constituição brasileira, ao menos no plano semântico, adotou, em seu art. 2º, a tripartição do poder. O problema é que, após a reconstrução democrática do país, estamos caminhando, a passos largos, rumo a um sistema dual, sem o Poder Legislativo.

Observa-se, inicialmente, que padecemos de males semelhantes àqueles vivenciados por incontáveis Estados contemporâneos, sendo o principal deles a substituição da tensão dialética, de natureza institucional, entre “Legislativo e Executivo”, pela contraposição de natureza partidária entre “bloco de governo e bloco de oposição”; assim, quando o partido alçado à Chefia do Executivo (com a colaboração dos partidos aliados) nele também se instala e assume caráter dominante, este termina por

anular qualquer postura independente do Legislativo. Enquanto a expressão “partido político” indica o conjunto de pessoas dotadas de semelhanças ideológicas, que se reúnem para conquistar e manter o poder, o designativo “partitocracia” (*Parteienstaat* para os alemães, *Stato di Partiti* ou *Partitocrazia* para os italianos) significa, em sentido lato, “o governo dos partidos”². As decisões já não são mais tomadas pelos parlamentares, mas, sim, pelos dirigentes dos seus partidos, cuja influência é diretamente proporcional à sua falta de visibilidade para a opinião pública. Quando ocupam cargos no governo e são flagrados em escândalos de corrupção, retiram-se e passam a atuar nos bastidores, influenciando as decisões do partido, de modo que possam voltar ao poder em momento político mais favorável. As instituições, com isso, deixam de ser o epicentro estrutural do poder, cedendo lugar aos partidos políticos, que dominam a cena política e absorvem as instituições.

Além dos problemas sistêmicos inerentes a qualquer democracia, o nosso sistema tem sido campo fértil para o florescimento desse vício. Basta lembrar que teimamos em atribuir funções Legislativas ao Poder Executivo.

No passado, tínhamos os “decretos-lei”, denominados decretos por emanarem do Executivo e lei por tratarem de matérias que o direito público contemporâneo tem tradicionalmente outorgado às câmaras legislativas e por terem força derogatória sobre as normas legais preexistentes. Não obstante, a similitude semântica, essa espécie normativa, sempre assumiu, no continente latino-americano, especificidades que a distinguiam de outros paradigmas de análise. Giuseppe Viesti³ aponta, em sóbria constatação, que, nos regimes democráticos, os decretos-leis sempre tiveram a sua difusão associada aos sistemas de governo do tipo parlamentar, caracterizados pela relação de confiança existente entre os órgãos executivo e legislativo, de modo que a vontade externada pelo primeiro era vista como o entendimento do último; nos sistemas presidenciais, por sua vez, reservava-se o uso dos decretos-leis às situações particularíssimas, que “integram os extremos da mais absoluta necessidade e urgência”, como aquelas que colocam em risco “a independência nacional, a integridade do território, o funcionamento das instituições constitucionais e a execução de tratados internacionais”.

² MORA, Fernandez de La Gonzalo. *La Partitocracia*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1977, p. 149.

³ VESTI, Giuseppe. *Il decreto-leggi*. Napoli: Jovene, 1967. p. 13-20.

¹ *De L'Ésprit des Lois, Tome 1^{er}*. Paris: Garnier Frères, 1949. p. 163 et seq.

Na forma de governo do tipo monárquico, em franco desuso na atualidade, o decreto-lei era uma opção natural para o soberano absoluto, que o consentia na presença de uma assembleia representativa. O autor italiano ainda observa que, após o segundo conflito mundial, o denominado Estado autoritário, caracterizado pela concentração de poderes, teve franca expansão, sofrendo posterior retração em face do reconhecimento da democracia enquanto ideal universal e à crescente proteção aos direitos humanos.

A Carta Ditatorial de 1937 foi responsável pela introdução dos decretos-lei no direito brasileiro; entre 1937 e 1946 foram publicados 9.908 decretos-lei, a quase totalidade pelo Presidente Getúlio Vargas, alguns poucos pelo Presidente interino José Linhares (outubro de 1945 a janeiro de 1946), após a queda de Vargas, e outros pelo Presidente eleito Emílio Gaspar Dutra (fevereiro a setembro de 1946). Os decretos-lei ressurgiram com o Golpe de 1964, ornando a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969 e perdurando até a Constituição de 1988. Não é necessário um aguçado espírito científico para se constatar que, no Brasil, sempre que a democracia se fez ausente, o decreto-lei emergiu com inegável vigor.

No último período em que fora adotado no constitucionalismo brasileiro, o decreto-lei, após a sua edição e imediata entrada em vigor, era submetido à apreciação do Congresso Nacional, que deveria apreciá-lo em 30 (trinta) dias, prazo posteriormente prorrogado para 60 (sessenta) dias, isso sob pena de aprovação pelo decurso do prazo. Esse sistema foi modificado pela Emenda Constitucional nº 22/1982, passando a ser imperativa a inclusão do decreto-lei, na ordem do dia, nas dez sessões subsequentes, em dias sucessivos, sempre que este não tivesse sido aprovado no prazo de 60 dias. Se, ao final dessas sessões não fosse apreciado, seria considerado aprovado. Apesar da limitação das matérias, passíveis de ser reguladas por decreto-lei (segurança nacional, finanças públicas, incluindo normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos – EC nº 1/1969, art. 55, I a III), o Supremo Tribunal Federal realizava um controle meramente empírico, o que estimulava o Executivo a dispensar interpretação extremamente ampla aos conceitos constitucionais, estendendo em demasia o potencial expansivo dessa espécie normativa.

Após a reconstrução democrática do país, o que era estranho à democracia foi por ela referendado, desta feita com o pomposo nome de “*medida provisória*”, medida por ter alguma funcionalidade e provisória por ter eficácia por apenas trinta dias e estar sujeita à posterior rejeição pelo Legislativo. Diante da ausência de restrições em relação às matérias passíveis de ser reguladas por esse instrumento, da inércia do Legislativo em apreciá-las e

da inacreditável inexistência de limites para a reedição da mesma medida provisória, o resultado foi catastrófico; em pouco mais de uma década, foram editadas milhares de medidas provisórias, algumas delas reeditadas quase uma centena de vezes, não raro com alterações no texto anterior, o que causava calafrios no mais dedicado dos operadores do direito. Assim, perguntava-se como era possível transitar nesse manancial de medidas definitivas ditas provisórias. Para “amenizar” esse “pequeno problema”, que faria melhor figura num anedotário e não na ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, foi promulgada a Emenda nº 32/2001, a qual, longe de extinguir o cancro, aplicou-lhe alguns poucos lenitivos: excluiu algumas matérias do alcance das medidas provisórias, eliminou a possibilidade de reedição, permitindo apenas a prorrogação de sua vigência por 60 (sessenta) dias, no caso de inércia do Congresso, e estabeleceu uma consequência para o caso de não apreciação pelo Legislativo, o sobrestamento da pauta.

Como o Executivo continuou a editar medidas provisórias e o Legislativo continuou lento, o resultado foi o trancamento da pauta; somente a partir de 17 de março de 2009 foi que o Legislativo passou a adotar o entendimento de que o sobrestamento alcançava, apenas, as deliberações que versassem sobre matérias sujeitas a ser reguladas por medida provisória, decisão que foi monocraticamente mantida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (MS nº 27.931-1/DF, rel. Min. Celso de Mello). Para “compensar” as concessões ao regime democrático, a reforma constitucional manteve em vigor, indefinidamente, todas as medidas provisórias editadas até o seu advento.

Não bastasse a anomalia das medidas provisórias, é difícil imaginar que o Legislativo brasileiro volte a protagonizar episódio semelhante ao *impeachment* do Presidente Collor. Na atualidade, a mera convocação de um Ministro de Estado para prestar esclarecimentos já se transforma em uma odisseia. Com o domínio do bloco de governo, raramente se aprova o que não convém ao Presidente da República.

Nas poucas ocasiões em que o avassalador domínio do Poder Executivo não se impõe sozinho, as dificuldades existentes (ou propositadamente criadas) não são superadas com os olhos voltados à satisfação do interesse público. O objetivo, quase sempre, é negociar a aprovação de matéria de interesse do bloco de oposição ou atender à voracidade das legendas partidárias no preenchimento do elevado quantitativo de atraentes cargos em comissão e funções de confiança que, tal qual “arroz em época de chuva”, brota em todos os rincões do nosso país. Basta lembrar, por exemplo, que o salário anual dos diretores da Petrobras se aproxima de um milhão de reais.

Outra prática comum é a apresentação de emendas ao orçamento, igualmente “negociadas” com o Executivo, para a canalização de recursos aos nichos eleitorais dos aliados de plantão.

Acresce-se que Ministros de Estado e Secretários Estaduais, Distritais ou Municipais, bem como chefes de missão diplomática temporária, podem ser recrutados pelo Executivo, no seio do Congresso Nacional. Em terra *brasilis*, ainda não aprendemos que o estatuto do congressista é incompatível com o exercício de funções inerentes ao Executivo, assim como franceses e norte-americanos aprenderam já no final do século XVIII. E o porquê fora há muito respondido pelo clássico João Barbalho:⁴ porque isso constitui “uma barreira contra a corrupção pelo poder executivo”. De acordo com o sistema vigente, apesar de o povo escolher os parlamentares, estes, caso sejam escolhidos pelo Executivo, cedem lugar a outros parlamentares, que receberam um quantitativo de votos inferior e que ostentam, por conseguinte, menor

⁴ BARBALHO, João. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902. p. 72.

prestígio diante do povo. E se o parlamentar escolhido for um Senador, a situação ainda é mais grave, assumirá o seu suplente, normalmente um parente ou compadre do eleito, cuja identidade raramente é conhecida pelo eleitor, mas que teve a feliz oportunidade de compor a chapa do Senador, sempre eleito com dois suplentes.

A situação atual, por certo, é muito atrativa para o fisiologismo de inúmeras legendas partidárias e de vários parlamentares, atraídos que são pelas benesses do Executivo. Espera-se, no entanto, que os parlamentares sérios do Legislativo brasileiro, pertençam ou não ao “bloco de oposição”, consigam frear a nossa jornada, aparentemente sem volta, rumo à bipartição do poder. Enquanto isso, as negociatas prosseguem (*é dando que se recebe...*) e o nosso Congresso Nacional continua a esfacelar a sua imagem ante a opinião pública, opção sempre perigosa quando lembramos que a ditadura há pouco findou e o nosso povo ainda carece de uma verdadeira consciência democrática.

Prevenção do *bullying* e obstáculos (parte I): o regimento escolar invisível

Lélio Braga Calhau

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduado em Psicologia pela UNIVALE. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (RJ). Mestrando em Gestão Integrada de Território pela UNIVALE (MG). Autor dos livros “*Bullying: o que você precisa saber*” e de “*Diário de uma vítima de bullying*”.

Bullying são agressões (físicas ou morais) realizadas de forma sistemática contra vítimas eleitas e em desnível de poder. Essas agressões têm sido objeto cada vez mais de pesquisas por parte de educadores, psicólogos e juristas em diversos países.

Nos últimos dez anos o problema começou a ganhar espaço no Brasil. Inicialmente, alguns poucos livros foram lançados sobre o tema mas, hoje, um grande número de pesquisas nos cursos de graduação e pós-graduação (Pedagogia, Psicologia, Direito, Serviço Social, Educação Física etc.) é produzido anualmente sobre o tema.

Quando tratamos do *bullying* sempre nos vem à memória, na maioria das vezes, a imagem de agressores atacando colegas mais fracos fisicamente dentro de uma escola,

a arrebatar seu lanche, dando-lhes tapas na cabeça, colocando-lhes apelidos pejorativos, espalhando fofocas, isolando os novatos, criando comunidades que depreciam as vítimas nas redes sociais da internet, determinando a aplicação de “punições” etc. São ações que fazem as vítimas sofrerem muito e que atrapalham o rendimento pessoal de toda a comunidade acadêmica. Em algumas situações, essas ações podem progredir para a ocorrência de atos violentos e até de crimes.

O problema do *bullying* ocorre em nosso país há longo tempo e, embora tenha sido estudado inicialmente na Escandinávia há cerca de trinta anos, aqui temos pouco menos de uma década de estudo quanto ao problema. Ou seja, estamos apenas começando e muito pouco sabemos ainda sobre como o *bullying* realmente nos afeta a educação e o ser.

A prevenção e o controle do *bullying* no Brasil ainda enfrentam uma série de dificuldades, incompreensões, obstáculos e omissões, dentre eles, a constatação de que em grande parte das escolas brasileiras o regimento escolar não passa de uma peça de ficção (um *regimento de escola invisível*). Em várias escolas que visitei, uma cópia do regimento escolar foi entregue aos alunos no primeiro dia de aula, e nunca mais o assunto foi trabalhado. Em algumas, nem

isso aconteceu. Em pelo menos um caso, o Ministério Público encontrou uma situação de *bullying* entre meninas, sobre a qual o regimento escolar incluía o procedimento a ser seguido. No entanto, nem a própria direção da escola sabia de sua existência.

O regimento escolar é a “Constituição” da escola e faz parte da estrutura de planejamento da educação. E, por meio desse relevante instrumento, é que são definidos os assuntos de suma importância para o seu melhor funcionamento e os preceitos sobre temas como *bullying*, indisciplina e incivilidade, por exemplo, que deverão ser descritos de forma clara e objetiva para que sejam observados por todos.

Na prática, não tem sido incomum o Ministério Público ser acionado, e assim constatarmos que o regimento escolar é descumprido pela própria direção da escola. Ou seja, se as normas do regimento fossem observadas e trabalhadas com os alunos, de forma permanente, as situações de

possíveis conflitos poderiam ser solucionadas de modo mais efetivo no ambiente escolar sem a necessidade de se acionar posteriormente o Conselho Tutelar ou o Ministério Público.

Em muitos casos, não existe, ainda, um protocolo mínimo de como agir quando surge uma possível situação de *bullying* no âmbito da escola. Casos graves, moderados e leves são resolvidos com uma elevada subjetividade, causando perplexidade e insatisfação a alunos da escola, a educadores e pais.

Por fim, tais situações poderiam ser minimizadas com a existência de um regimento escolar com expressão efetiva para todos aqueles que atuam no estabelecimento de ensino e o frequentam. Não basta que exista o regimento em uma folha de papel. É importante que ele seja trabalhado constantemente com toda a comunidade acadêmica e que ele seja elaborado atendendo às particularidades de cada estabelecimento educacional.



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://virtualbooks.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.



Lagoa da Pampulha

por **Rafael Fernandes Rocha** - rafafrocha@yahoo.com.br



